Der Gläubigerverzug bei unmöglichen Leistungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Berthold Epstein
Referendar in Grottkau in Schlesien.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Dahn.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bendix, Das deutsche Privatrecht. 1904.

Brecht, System der Vertragshaftung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 53 1908.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Abt. 2. 1860.

Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. 1904.

Charmak, Mora accipiendi nach gemeinem Recht und Gläubigerverzug nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Greifswald 1902.

De Claparède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge. 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte. 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 1880.

Dernburg, Lehrbuch der Pandekten. 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1905.

Dochnal, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1902.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1903.

Fischer, H. A., Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. In der Festschrift der Rostocker Juristenfakultät. 1904.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Fritz, Erläuterungen. Heft 3: den allgemeinen Teil des Obligationenrechts enthaltend. 1839.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. 1897.

Hohenstein, Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25.

Jacobi, E., Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45.

Jacobi, O., Die Lehre vom Dienstvertrage. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 4.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. In Fischers Abhandlungen Bd. 7 Heft 2. 1900.

Kisch, Kritik über Titzes Unmöglichkeit. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 44.

Kisch, Besprechung des Lehrbuchs von Enneccerus. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 29.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. In Fischers Abhandlungen Bd. 7 Heft 1. 1900.

Koehne, Der Rechtscharakter des gewerblichen Akkordvertrages. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 29.

Kohler, Der Gläubigerverzug. In Iherings Jahrbüchern Bd. 17. Bezeichnet mit Kohler I.

Kohler, Der Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13. Bezeichnet mit Kohler II.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906. Bezeichnet mit Kohler III.

Kornfeld, Die Voraussetzungen der mora creditoris nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1903.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. 1907.

Leßner, Der Inhalt der Leistungspflicht. Aus den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 29. 1909.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 2. 1908.

v. Madai, Lehre von der mora. 1838.

Martius, Der Bergführervertrag. Diss. Heidelberg 1906.

Marwitz, Der Bühnenengagementsvertrag. 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

Meyer, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrage, insbesondere beim Arbeitsvertrage. Diss. Bonn 1906.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1. u. 3. 1855.

Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Oertmann, Der Zufall der Werkverdingung. In Grünhuts Zeitschr. Bd. 24.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1907.

Rabel, Unmöglichkeit der Leistung. In der Festschrift für E. J. Becker. 1907.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbüchern Bd. 43.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1905.

Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. 1 u. 2. 1851.

v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris im östereichischen und gemeinen Recht. 1884.

Schoemann, Die Lehre vom Schadensersatz. Teil 2. 1806.

Schoeninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. 1906.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 1904.

Schroeder, Unmöglichkeit und Ungewißheit. 1905.

Schulz, über die Bedeutung der Leistungsmöglichkeit für das Vorhandensein des Gläubigerverzugs. Diss. Breslau 1909.

Siber, Zur Theorie der Schuldenhaftung. In Iherings Jahrb. Bd. 50.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 1908.

Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 33 S. 384.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Titze, Kritik über Kisch. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 45.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 1840.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876.

Wachsner, Voraussetzungen und Wirkungen im Annahmeverzug nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock. 1900.

Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzugs nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau. 1902.

Wentrup, Der Gläubigerverzug im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen. 1899.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. Herausgegeben von Kipp. 9. Aufl. 1906.

Wolff, Lehre von der mora. 1841.

Wolffenstein, mora accipiendi des gemeinen Rechts und Gläubigerverzug des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1902.

Einleitung.

§ 1.

Die Frage, ob Möglichkeit der Leistung unbedingte Voraussetzung für das Vorhandensein des Gläubigerverzugs ist, läßt sich mit anderen Worten dahin wiedergeben: Ist ein Gläubigerverzug grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Leistung, d. h. die Handlung, zu welcher das Forderungsrecht des Gläubigers den Schuldner verpflichtet,[1] unmöglich ist, oder lassen sich auch Fälle denken, in welchen Gläubigerverzug trotz Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners vorhanden ist? Diese an die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges rührende Frage setzt die Kenntnis von dem Wesen des Gläubigerverzuges voraus und macht es deshalb erforderlich, zunächst das Wesen des Gläubigerverzuges klarzustellen.

---

[1] vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 13.

A. Wesen des Gläubigerverzugs.

1. Betrachtet vom Standpunkt der Gläubigerseite.

§ 2.

Im corpus iuris civilis suchen wir vergebens nach einer zusammenhängenden Darstellung der Lehre von der mora (von dem griechischen *μόρα* oder *μοῖρα*).[2]

Bei dem Eingreifen dieses Instituts in die verschiedenartigsten Verhältnisse ziehen es die römischen Juristen vor, die mora in den einzelnen Titeln, wenn sie von Bedeutung ist, zur Sprache zu bringen; besonders kommt für sie der Digestentitel de verb. obl. 45, 1 in Betracht. So ist es nicht wunderbar, wenn auch eine Definition des Begriffes mora von den Quellen nicht gegeben wird. Und nach dem Ausspruch des Kaisers Antoninus Pius zu urteilen, den Marcian libro quarto regularum[3] zitiert: „An mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris", scheint es die Schwierigkeit einer scharfen Begrenzung des Begriffes gewesen zu sein, welche eine Definition der mora als untunlich erscheinen läßt.

---

[2] vgl. Wolff a. a. O. S. 2 Anm. 2.

[3] cf. l. 32 pr. D. de usur. 22, 1.

Auch Pomponius sagt im 12. Buche seiner Episteln (cf. eod. loc.): difficilis est huius definitio, und ein Schriftsteller wie Arumaeus gibt die Möglichkeit einer Definition auf, wenn er in seiner tractatio de mora cap. 2 sagt: „morae definitio difficilis est per consequens et impossibilis".

Trotzdem haben sich andere gemeinrechtliche Schriftsteller von einer Definition der mora so wenig zurückgehalten, daß v. Madai[4] bereits auf eine „Literärgeschichte des Begriffs der mora" zurückblicken kann.

Bei allen diesen Schriftstellern aber gewinnt die Behandlung der mora debitoris s. solvendi eine weitaus größere Bedeutung als die der mora creditoris s. accipiendi, welch letztere nur als eine Abart der ersteren erscheint. Dies kommt daher, daß die römischen Quellen hinsichtlich des Annahmeverzugs nur sehr spärliche Bestimmungen treffen; eine genauere Regelung erfährt nur die Unterbrechung des Zinslaufes durch den Annahmeverzug in dem Titel de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora Dig. 22, 1, wobei letztere eben fast ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der usurae in Betracht kommt. Auch das deutsche Recht ist bezüglich des Annahmeverzugs sehr wenig ausgebildet. Hier ist es besonders das Preisgaberecht des Schuldners gegenüber dem säumigen Gläubiger, dem Interesse entgegengebracht wird.

So blieb es der neueren gemeinrechtlichen Wissenschaft

---

[4] a. a. O. § 1.

vorbehalten, die Lehre vom Annahmeverzug aufzubauen, und das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich deren Ergebnisse in hohem Grade zunutze gemacht. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt den „Verzug des Gläubigers" im zweiten Titel des ersten Abschnittes des zweiten Buches, also im „Recht der Schuldverhältnisse", und stellt ihm im ersten Titel die „Verpflichtung zur Leistung" gegenüber. In diesem ersten Teil werden die Pflichten, die dem Schuldner aus dem obligatorischen Verhältnis erwachsen, erschöpft, so daß naturgemäß auch der Verzug des Schuldners an dieser Stelle zur Sprache kommt. Man hat diese Einteilung des ersten Abschnittes als unsystematisch getadelt.[5] Durch die Unterbringung der Vorschriften über den Verzug des Schuldners und den Verzug des Gläubigers in besonderen Unterabschnitten soll, wie die Motive[6] hervorheben, sich, soweit dies überhaupt erforderlich sein sollte, zur Genüge auch äußerlich ergeben, „daß nach der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs beide keineswegs Unterbegriffe eines gemeinsamen Gattungsbegriffes bilden, bezw. daß Schuldner und Gläubiger in Ansehung der von ihnen bei Aufhebung der Obligation durch Erfüllung zu entwickelnden Tätigkeit unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten stehen".

Die Trennung von Schuldner- und Gläubigerverzug ist damit hinreichend gekennzeichnet, und es wäre zum

---

[5] Dagegen Stammler a. a. O. S. 151 § 44.

[6] Mot. Bd. 2 S. 69.

mindesten überflüssig gewesen, dem Gläubigerverzug nach dem Wunsche de Claparèdes,[7] der diese Trennung für nicht genügend erachtet, einen besonderen Platz im Abschn. 3 (Erlöschen des Schuldverhältnisses) zu gewähren.

Dernburg[8] hält immer noch daran fest, daß „dem Wesen der Dinge nach" der Gläubigerverzug nur ein Gegenstück zum Schuldnerverzuge sei, „welchen Parallelismus das Bürgerliche Gesetzbuch nur rein äußerlich durch diese Trennung zurückzudrängen" versucht hat; dagegen spricht aber die angeführte Stelle der Motive.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Definition des Gläubigerverzugs. Dies mag man vom Standpunkt Kohlers[9] aus billigen, der behauptet, die Definition des Annahmeverzugs und die Entwicklung seiner Voraussetzungen (?) gehöre nicht in das Gesetzbuch, da „die Proteusnatur des Instituts, welches im Leben immer neue und abermals neue Formen annimmt, jeder gesetzlichen Berechnung spotte": jedenfalls kann man auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs leicht zu einer Definition des Gläubigerverzugs gelangen. Diese kann mit Rosenberg[10] dahin lauten: Gläubigerverzug ist das Unterlassen der zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers. Es ist unnötig,

---

[7] a. a. O. S. 28.

[8] Bd. 2, 1 S. 178.

[9] Kohler Bd. 1 S. 422.

[10] a. a. O. S. 145.

mit Wachsner[11] und Schulz[12] eine doppelte Bedeutung des Wortes Gläubigerverzug anzunehmen, nämlich 1. die Unterlassung der Mitwirkung und 2. die rechtlichen Folgen dieser Unterlassung. In allen Verbindungen, in denen das Wort Verzug im Bürgerlichen Gesetzbuch gebraucht wird — „kommt in Verzug" in den §§ 293, 297—299, „während des Verzuges" in den §§ 300—302, „nach dem Eintritt des Verzuges" im § 303, „im Falle des Verzuges" im § 304 —, kommt man mit der einen hier wiedergegebenen Bedeutung des Wortes Verzug aus; die rechtlichen Folgen der Unterlassung sind eben die rechtlichen Folgen des Verzuges.

Aus der angegebenen Definition[13] ergibt sich einmal, daß vom Gläubigerverzug keine Rede sein kann, wenn eine Handlung in Frage steht, die der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers vornehmen kann, z. B. Unterlassungsverbindlichkeiten, Leistungen an einen Dritten. Schulz[14] bestreitet dies, ja er nennt diese Fälle sogar die „Normalfälle des Verzuges" und beruft sich hierbei auf Lotmar,[15] der in der Tat behauptet, es sei unrichtig, Annahmeverzug als unmöglich anzunehmen, „wenn zur Bewirkung der Leistung die Annahme nicht erforderlich

[11] Wachsner a. a. O. S. 1.

[12] Schulz a. a. O. S. 1.

[13] vgl. Planck a. a. O. Anm. 7 zu § 293; Munk a. a. O. S. 49 Anm. 204; Wentrup a. a. O. S. 7.

[14] a. a. O. S. 75.

[15] a. a. O. S. 285.

sei". Aber sämtliche Fälle, die Lotmar zum Beweise seiner Behauptung anführt, überzeugen nicht, weil bei ihnen in Wahrheit eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Denn wenn er sagt, die von der Kurhausverwaltung engagierte Kapelle könne im Kurgarten musizieren, der vom bettlägerigen Kranken gedungene Wärter könne diesen Kranken pflegen usw., ohne daß eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sei, so ist dies nicht zutreffend, weil der Begriff der Mitwirkung zu eng gefaßt ist. Die Mitwirkung besteht eben im ersten Falle in dem Verschaffen der Örtlichkeit, nämlich des Kurgartens, des Konzertpavillons usw., und im zweiten Falle in dem Gewähren des Körpers des Kranken, der gepflegt werden soll, nur daß freilich diese Mitwirkung hier nicht in einem Tun, sondern in einem Dulden besteht. Ohne eine Mitwirkung des Gläubigers ist aber auch hier eine Leistung des Schuldners gar nicht möglich. Daß aber in den hier mit Recht zu nennenden Fällen, also z. B. bei Unterlassungsverbindlichkeiten, ein Gläubigerverzug nicht möglich ist, hat vor Schulz noch niemand geleugnet. Schulz spricht es zwar nicht deutlich aus, daß er den Annahmeverzug auch bei Verpflichtungen, die auf ein Unterlassen gehen, für möglich hält, aber durch seine Berufung auf Lotmar beweist er dies. Denn Lotmar kämpft, wie wir gesehen haben, gegen die m. E. richtige Ansicht an, u. a. auch gegen Oertmann,[16] der gerade an dieser Stelle die Verpflichtung zur Unterlassung anführt.

[16] a. a. O. zu § 293 Anm. 2.

Aus der oben angegebenen Definition ergibt sich ferner, daß es zu eng wäre, nur die Nichtannahme der angebotenen Erfüllung unter den Begriff des Gläubigerverzugs zu stellen, wenn dies auch noch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs einige Schriftsteller, verleitet durch die wenig glückliche Fassung des § 293 BGB., versuchen. Sicher aber ist, daß der Gläubiger auch durch das Unterlassen der vorbereitenden Handlungen, z. B. Ausübung des Wahlrechts, Lieferung des Stoffs usw., in Verzug geraten kann (vgl. z. B. § 642 BGB.). Man spricht deshalb besser von Gläubigerverzug als von Annahmeverzug, weil dieser Ausdruck den Irrtum nahelegt, als ob es sich stets nur um die Nichtannahme eines zur Übertragung angebotenen Gegenstandes handelte. Doch das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht das Wort Annahmeverzug in den §§ 293—304 nicht, obwohl es einen Verzug der Annahme des Gläubigers — z. B. § 372 — kennt. Die Annahme der schuldnerischen Leistung durch den Gläubiger ist ein Recht, keine Pflicht. Denn das Forderungsrecht des Gläubigers ist ein Bestandteil seines Vermögens; dieses zu nutzen, ist aber niemand verpflichtet. „Den Gläubiger zur Annahme zwingen, hieße ihn einen Vormund setzen zum Wächter seines Interesses, zur Benutzung seiner Vermögenskräfte, zur Ausbeutung der ihm zustehenden Rechtsgüter.“[17]

Im gemeinen Recht war dies nicht allgemein an-

---

[17] Kohler Bd. 1 S. 268.

erkannt. Besonders Wolff[18] und Madai[19] waren anderer Ansicht; letzterer[20] definiert Gläubigerverzug geradezu als „Säumnis bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit". Die Anhänger dieser Ansicht berufen sich vor allem auf l. 9 D. de act. emt. vend. 19, 1, wo es heißt: si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut tollat. Aber diese Stelle ist deshalb nicht beweisend, weil hier offenbar der Käufer außer seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises noch die weitere zur Wegschaffung der Steine übernommen hat.[21]

Wollte man, wie diese Schriftsteller es für richtig halten, eine allgemeine Annahmepflicht des Gläubigers verlangen, so würde es keine einseitigen Obligationen mehr geben; immer stände der Erfüllungspflicht des Schuldners eine Annahmepflicht des Gläubigers gegenüber;[22] selbst die stipulatio würde eine zweiseitige Verpflichtung enthalten, und doch ist diese sicher eine einseitige Obligation gewesen.[23]

Diese irrige Auffassung beruht wiederum auf der Gleichstellung des Schuldner- mit dem Gläubigerverzuge;

---

[18] Wolff a. a. O. S. 406.

[19] Madai a. a. O. S. 227, 228.

[20] Madai a. a. O. S. 14.

[21] vgl. Kohler Bd. 1 S. 275.

[22] vgl. Rosenberg a. a. O. S. 202.

[23] vgl. § 3 J. 3, 22 und Gaius III § 137; vgl. Fritz, Erl. 3 Heft 1839 S. 358.

bei ersterem liegt in der Tat eine Pflichtverletzung vor, bei letzterem aber nur die Nichtausübung eines Rechts, an welche das Gesetz zwar zugunsten des Schuldners bestimmte nachteilige Folgen knüpft — denn unicuiqui sua mora mocet (l. 173 D. 50, 17) —, ohne aber das zur Lösung der Obligation erforderliche Verhalten des Gläubigers als eine Pflicht und als unmittelbar erzwingbar hinzustellen. Es begnügt vielmehr sich mit „dem Einfluß, den die Macht der Tatsachen ausübt".[23] Von einer Rechtspflicht, ein bestimmtes Verhalten zu beobachten, kann nicht die Rede sein, ebensowenig wie im alten Rom „auf Grund der nota censoria mit ihren nachteiligen Rechtsfolgen eine Rechtspflicht zum ehrenhaften Lebenswandel" bestand.[25] In allen Fällen, in welchen nur die Androhung irgendeines Rechtsnachteiles für entgegengesetztes Verhalten gemeint ist, sollte man von einer Pflicht nicht sprechen.[26]

Das Kennzeichen für eine Verpflichtung ist regelmäßig die Möglichkeit, auf ihre Erfüllung zu klagen — anders z. B. § 545 BGB.: hier würde eine Klage auf Anzeige oder Auskunft keinen Sinn haben, weil der mit der Klage bezweckte Effekt schon erreicht sein muß, wenn der

---

[24] Lesser a. a. O. S. 68.

[25] Siber, Zur Theorie der Schuldenhaftung, in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 65.

[26] Es ist daher nicht ganz korrekt, von einer beweispflichtigen Partei zu reden, desgleichen nicht, wenn Art. 19 Satz 1 WO. von einer Verpflichtung des Inhabers des Nachsichtwechsels zur Präsentation spricht.

Gläubiger zur Klage schreitet;[27] das ist aber in den erwähnten Beispielen nicht der Fall. Auch die Annahme ist keine klagbare Verpflichtung, abgesehen von einigen im Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen (§§ 433 Abs. 2, 455, 515, 640 BGB.).

Die Rechtsordnung muß aber zwischen den kollidierenden Interessen von Schuldner und Gläubiger bei Nichtannahme der Leistung vermitteln, und der Ausweg, welchen das Gesetz hier gefunden hat, besteht in den Bestimmungen über den Verzug des Gläubigers.

In allen derartigen Fällen spricht man wohl auch von indirekten Verpflichtungen,[28] eine Bezeichnung, die Lesser[29] neuerdings durch die Ausdrücke „Vergünstigungen" und „Lasten" ersetzt wissen will. Das Verdienst, zuerst mit aller Schärfe darauf hingewiesen zu haben, daß der Gläubiger zur Annahme nicht verpflichtet sei, gebührt Mommsen;[30] demnächst hat Kohler,[31] welcher die Ansicht von der Mitwirkungspflicht des Gläubigers als „einen der fundamentalsten Irrtümer der Lehre des Obligationenrechts" bezeichnet, in überzeugender Weise der richtigen Ansicht zum Siege verholfen, so daß der Standpunkt von der Pflicht des Gläubigers zur Annahme als überwunden gelten darf.

---

[27] vgl. Lesser a. a. O. S. 73; v. Buchka a. a. O. S. 21.

[28] vgl. Buchka a. a. O.

[29] Lesser a. a. O. S. 72.

[30] Mommsen, Beitr. Bd. 3 S. 134ff.

[31] Kohler Bd. 1 S. 264.

In engem Zusammenhange hiermit steht die für das Wesen des Gläubigerverzuges wichtige Frage, ob er ein Verschulden des Gläubigers voraussetzt.

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts, der Madai, Wolff, Windscheid, Dernburg, Schey u. a. angehörten, hielt an dem Erfordernis der culpa unbedingt fest, während andere, zuerst Schoemann,[32] sich ihm anschließend Sintenis, Brinz und vor allem Kohler, ein Verschulden des Gläubigers nicht für nötig erachten.

Eine dritte Theorie stellt Mommsen[33] auf, wenn er die mora creditoris definiert als die „willkürliche Verzögerung der Erfüllung“ von seiten des Gläubigers; er verlangt kein Verschulden des Gläubigers,[34] aber doch ein subjektives Moment, eine Willkür bei der Nichtannahme, so daß er z. B. Gläubigerverzug annehmen würde, wenn der Gläubiger die Leistung aus entschuldbarem Irrtum nicht annehmen würde, dagegen keinen Gläubigerverzug, wenn er es wegen Krankheit nicht täte. Eine ähnliche Ansicht scheint auch Dernburg[35] in seinem Preußischen Privatrecht zu vertreten, wenn er eine Schuld schon in der Nichtannahme erblicken will, „es sei denn, daß besondere Exkulpationsgründe bestanden“.

---

[32] Die Lehre vom Schadensersatz Teil 2 S. 12f.

[33] Beitr. Bd. 3 S. 135.

[34] a. a. O. S. 160ff.

[35] Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 157.

Diese dritte Theorie von Mommsen, die eine Mittelmeinung darstellt, hat aber sonst keine Anhänger gefunden, da sie jeden Anhalts an die römischen Quellen entbehrt, die „ein Mittelding zwischen casus und culpa, wie es nach Mommsens Ansicht die Grundlage für die Haftung des säumigen Gläubigers bilden würde, nicht gekannt haben".[36]

Was nun die beiden entgegenstehenden Ansichten bezüglich des Erfordernisses der culpa anbetrifft, so wird man zugeben müssen, daß die Quellen sich deutlich weder für die eine noch die andere Ansicht aussprechen. Bald heißt es: accipere nolle (l. 26 D. 24, 3), bald stare per emptorem, quominus accipiatur (l. 38 § 1 D. 19, 1), bald sine iusta causa accipere recusare (l. 72 pr. D. 46, 3). Die Anhänger der Kulpatheorie berufen sich vor allem auf l. 37 D. 17, 1, wo der Ausdruck frustatio gleichzeitig auf den Schuldner- und den Gläubigerverzug angewendet ist und demgemäß dasselbe, nämlich kulpose Verzögerung, bedeuten müsse.[37] Dagegen wird von der anderen Seite geltend gemacht, daß frustatio nur ein anderer Ausdruck für mora sei, daß aber über die Voraussetzungen dieser mora an dieser Stelle nichts gesagt sei.[38]

Auch die l. 72 pr. D. 46, 3, in welcher von einem sine iusta causa accipere recusare die Rede ist, lassen die Gegner der Kulpatheorie nicht gegen sich gelten; denn

---

[36] v. Schey a. a. O. S. 23.

[37] Dernburg, Pand. 1903 S. 121 Note 10.

[38] Kohler Bd. 2 S. 151; Rosenberg a. a. O. S. 205.

sie übersetzen das sine iusta causa mit „ohne objektiven Rechtfertigungsgrund", wobei an Fälle zu denken sei, bei denen die versuchte Hingabe nicht obligationsmäßig ist, z. B. nicht opportuno tempore vel loco geschieht.

Andererseits sind aber auch die Stellen, die die Anhänger des Nichtverschuldungsprinzips für ihre Ansicht heranziehen, nicht recht durchschlagend. Sie stützen sie vor allem auf l. 3 § 4 D. de act. empt. vend. 19, 1, wo es heißt: mora autem (scil. emptoris) esse videtur, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. An dieser Stelle wird allerdings vom Verschulden nichts gesagt, aber die Annahme, daß die Stelle eine Definition der mora geben und sämtliche Voraussetzungen für sie aufzählen solle, erscheint bedenklich; es handelt sich hier offenbar nur um das eine Erfordernis der Leistungsbereitschaft.

Jedenfalls darf man auf Grund der römischen Quellen feststellen — und dies gibt selbst Windscheid,[39] ein eifriger Anhänger der Kulpatheorie, zu, — die Aussprüche der Quellen gewähren ein unzweifelhaftes Resultat für das Verschulden nicht.

Die modernen Gesetzgebungen stehen fast sämtlich auf dem Standpunkt der Kulpatheorie, so das österr. allgem. BGB. § 1419, der code civile art. 1257 ff., auch das allgem. Landrecht, welches zwar keine ausdrückliche Auf-

---

[39] Pand. 1906 S. 446.

zählung der Voraussetzungen des Gläubigerverzuges gibt, aber doch überall von einem Verschulden des Gläubigers spricht (z. B. ALR. I, 11 §§ 98, 102, 103 u. a.). Das Schweizer Obligationenrecht von 1881 setzt nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch S. 68 Anm. 1 ein Verschulden nicht voraus, drückt dies aber zum mindesten sehr unklar aus, wenn es in seinem Art. 106 sagt: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ungerechtfertigterweise verzögert". In dieses „ungerechtfertigterweise" kann sich, wie Kohler[40] mit Recht hervorhebt, sehr leicht die Kulpatheorie einschleichen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht es mit klaren Worten aus, daß es von einem Verschulden des Gläubigers als Voraussetzung des Verzuges absieht.

§ 293 lautet: Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt. Von „Gründen, welche zur Exkulpation des Gläubigers gegen den Vorwurf des Verzuges dienen",[41] kann nicht die Rede sein; es genügt vielmehr die „nackte Tatsache der Nichtannahme".[42] Der Gläubiger braucht also nicht einmal die Annahme der angebotenen Leistung ausdrücklich zu verweigern oder ihr entgegen zu handeln; das bloße Unterlassen der Annahme genügt, um die Wirkungen des

---

[40] Kohler Bd. 2 S. 150.

[41] Mot. S. 72.

[42] Prot. Bd. 2 S. 659.

Verzuges gegen ihn eintreten zu lassen.[43] Es ist gleichgültig, ob der Gläubiger durch sein eigenes Verschulden oder ohne Verschulden, durch äußere Ereignisse oder zufällige Umstände irgendwelcher Art an der Annahme verhindert ist; er kommt selbst dann in Verzug, wenn er in gutem Glauben die ihm vom Schuldner angebotene Leistung für mangelhaft hält, oder wenn er von seiner Berechtigung gar nichts weiß.[44]

2. Betrachtet vom Standpunkt der Schuldnerseite.

§ 3.

Welches sind nun die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs in der Person des Schuldners?

Schon nach römischem Recht ist ein Gläubigerverzug nur dann vorhanden, wenn es allein am Gläubiger liegt, daß die Erfüllung ausgeblieben ist, „sir per creditorem stat, quominus solvatur". Der Schuldner muß alles getan haben, was seinerseits nach der konkreten Obligation von ihm verlangt wird, so daß die Verzögerung der Erfüllung nur auf die mangelnde Mitwirkung des Gläubigers zurückzuführen ist. Diese zur Begründung der mora creditoris erforderliche Tätigkeit des Schuldners wird Erfüllungsbereitschaft oder besser Leistungsbereit-

---

[43] vgl. Endemann, Einführung in das Studium des BGB. Teil 2 S. 621 Note 1.

[44] vgl. Cosack a. a. O. S. 367 § 106.

schaft genannt. Besonders zwei Quellenstellen führen dieses Erfordernis deutlich vor Augen, einmal die bereits zitierte l. 3 § 4 D. 19, 1 und sodann die l. 39 D. 46, 3: si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. Leistungsbereitschaft ist also unbedingtes Erfordernis für den Gläubigerverzug; das ist nie bestritten worden.

Die Leistungsbereitschaft muß aber ferner dem Gläubiger von dem Schuldner zu erkennen gegeben werden; und dies geschieht durch das Angebot der Leistung. Das Erfordernis des Angebots war im gemeinen Recht durchaus herrschende Meinung,[45] und es gibt eine große Anzahl Stellen im corpus iuris, in denen ein offerre ausdrücklich verlangt wird, z. B. l. 30 D. 46, 3; l. 8 § 5 D. 13, 7 u. a.[46]

Zuzugeben ist allerdings, daß eine Anzahl Stellen von einer Obligation nicht sprechen, und auf diese gestützt, bestreitet Kohler,[47] daß der Schuldner dem Gläubiger die Leistung anzubieten habe: er bezeichnet das Angebot zwar als praktisch zweckmäßig, allein vom Standpunkte der Wissenschaft aus als einen „puren leeren Luxus". Das ist es jedoch durchaus nicht. Denn gerade und nur durch das Angebot gibt der Schuldner kund,

---

[45] vgl. v. Madai a. a. O. S. 230; Wolff a. a. O. S. 412; Brinz a. a. O. S. 311; Dernburg a. a. O. S. 119; Windscheid a. a. O. S. 279.

[46] vgl. Hirsch a. a. O. S. 204.

[47] Kohler Bd. 1 S. 400.

daß er bereit ist, seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit zu genügen; es würde eine unbillige Härte für den Gläubiger darin liegen, ihn schon dann in Verzug geraten zu lassen, wenn der Schuldner in Leistungsbereitschaft ist, ohne daß der Gläubiger von ihr Kenntnis zu besitzen braucht. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist denn auch hierin dem Vorschlag Kohlers,[48] der sich im übrigen auf dem Gebiete des Gläubigerverzugs, wie er selbst sagt, eines „gesetzgeberischen Sieges" erfreuen darf, nicht gefolgt: es verlangt in der Regel ein Angebot des Schuldners (§ 293), und zwar für den Normalfall ein Realangebot (§ 294), auch der Schuldner muß alles tun, was von seiner Seite zur Leistung nötig ist, so daß der Gläubiger in der Lage ist, die Tilgung der Obligation zu vollenden; in bestimmten Fällen (§ 295) begnügt es sich mit dem Verbalangebot, d. h. mit der Erklärung der Erfüllungsbereitschaft. Mit dieser Regelung durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist jetzt auch Kohler[49] „völlig einverstanden", zumal im § 296 eine wichtige Ausnahme von dem Erfordernisse der Obligation gemacht ist. Rosenberg[50] will die Unterscheidung zwischen Real- und Verbalangebot nicht gelten lassen und glaubt auch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sie nicht hat durchführen wollen. Damit setzt er sich, wie er selbst zugibt, in Widerspruch mit „sämtlichen Schriftstellern, die unsere

---

[48] Kohler Bd. 2 S. 150.

[49] Kohler Bd. 2 S. 195.

[50] a. a. O. S. 154.

Lehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bearbeitet haben", aber auch, was wichtiger ist, in Widerspruch mit dem Gesetze. Denn wenn Rosenberg behauptet, der § 294, welcher bestimmt, daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist — das „tatsächlich" übersieht er —, angeboten werden muß, auch die Fälle der Holschuld umfasse, so steht dies im Widerspruch mit § 295, nach welchem gerade im Falle der Holschuld, der seiner praktischen Wichtigkeit wegen besonders hervorgehoben ist, ein Verbalangebot genügt. Rosenberg erkennt diesen Widerspruch wohl auch, hilft sich aber damit, daß er sagt: „Wir können im § 295 den Satz ‚insbesondere wenn . . . abzuholen hat' als müßige Wiederholung ohne Bedenken streichen". Eine solche Auffassung unseres Gesetzbuches verkennt Bedeutung und Inhalt seiner Bestimmungen.

Es besteht also ein Unterschied zwischen Real- und Verbaloblation, der sich z. B. auch darin kundgibt, daß der Gläubiger bei der Realoblation nicht nur durch das Angebot des Schuldners, sondern auch durch die ihm gemäß § 267 BGB. von einem Dritten wirksam angebotene Leistung in Verzug gesetzt werden kann — zu diesem Zwecke wurden die Worte „durch den Schuldner" im § 293 von der 2. Kommission[51] gestrichen —, während beim Verbalangebot ein Angebot des Schuldners verlangt wird. Ein Antrag in der 2. Kommission, auch

---

[51] vgl. Prot. Bd. 2 S. 659.

im Falle des § 295 ein Angebot des Dritten genügen zu lassen, wurde abgelehnt, weil „dem Gläubiger nicht zugemutet werden könne, sich wegen der von seiner Seite zur Ausführung der Leistung erforderlichen Handlungen mit dem Dritten statt des Schuldners einzulassen".[52] Natürlich muß die Leistung so angeboten werden, wie sie dem Gegenstand nach — denn aliud pro alio invito creditori solvi non potest (l. 2 § 1 D. 12, 1) —, der Zeit nach — im Zweifel freilich diei adiectio pro reo est (l. 41 § 1 D. 45, 1) — und dem Orte nach geschuldet wird. Ergänzend tritt bei allen Verpflichtungen noch § 242 BGB. hinzu, wonach die Leistung und folglich auch das Angebot so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[53]

---

[52] Prot. Bd. 2 S. 661.

[53] vgl. Planck Anm. 2 zu § 294.

B. Möglichkeit der Leistung unbedingte Voraussetzung für den Gläubigerverzug?

Man hat nun behauptet, daß das Bürgerliche Gesetzbuch über diese Erfordernisse, besonders über das Erfordernis der Leistungsbereitschaft hinaus, auch die Möglichkeit der Leistung als unbedingte Voraussetzung für das Vorhandensein des Gläubigerverzugs aufgestellt hat. So sagt Dernburg[54]: Fundamentale Voraussetzung für den Gläubigerverzug ist, daß die Erfüllung möglich ist. Oertmann[55] und Titze[56] nennen die Möglichkeit der Leistung begriffliche Voraussetzung des Gläubigerverzugs, und Lesser[57] sagt: Es ist selbstverständlich, daß wenn die Regeln über Gläubigerverzug anwendbar sind, nicht auch diejenigen über Unmöglichkeit Platz greifen können. Letztere Worte sind zwar nicht ganz klar; wenn Lesser aber in diesem Zusammenhange der Ansicht Alex Meyers[58] entgegentritt, der den — wie wir sehen werden, richtigen — Standpunkt vertritt, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung gleichzeitig vor-

[54] Dernburg, Bürgerl. R. S. 178.

[55] Oertmann a. a. O. Anm. 3b zu § 293.

[56] Titze a. a. O. S. 22.

[57] Lesser a. a. O. S. 115.

[58] Meyer a. a. O. S. 30 f.

liegen können, so ergibt sich hieraus, daß Lesser die Möglichkeit der Leistung für eine begriffliche Voraussetzung des Gläubigerverzugs hält.

Wenn Lesser diesen Standpunkt für „selbstverständlich" erklärt, so läßt er damit freilich nicht erkennen, worauf er seine Ansicht stützt. Die anderen Schriftsteller[59] begründen die gleiche Ansicht damit, daß sie sagen, eine gegenteilige Annahme widerspreche sowohl dem Wortlaut des Gesetzes (§ 297) als auch dem praktischen Bedürfnis.

Ob dies zutrifft, bleibt zu prüfen.

1. Das Gesetz: Auslegung des § 297 BGB.

§ 297 BGB. lautet: Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Auslegung des Wortes „außerstande" hier von ausschlaggebender Bedeutung ist. Ehe wir uns aber diesem Begriffe zuwenden, muß noch kurz auf die sonstigen Bestimmungen des § 297 eingegangen werden.

a) Auslegung des § 297 BGB. im allgemeinen.

§ 4.

Zunächst ergibt die negative Fassung des § 297, daß das mangelnde „Imstandesein" des Schuldners von dem

---

[59] Dernburg u. Oertmann a. a. O.

Gläubiger zu beweisen ist. Im gemeinen Recht war man geneigt, von dem Schuldner den erforderlichen Beweis zu verlangen.[60]

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs schloß sich dieser Meinung an. Die zweite Kommission hat jedoch die Beweislast in der Weise geregelt, daß der Gläubiger dartun muß, der Schuldner sei ungeachtet des Angebots nicht imstande gewesen, zu leisten. Diese Umkehrung der Beweislast empfehle sich — so wurde ausgeführt — aus Zweckmäßigkeitsgründen: es werde nicht leicht vorkommen, daß der Schuldner, ohne bereit zu sein, anbiete, während andererseits schikanösem Bestreiten des Leistungsvermögens entgegengetreten werden müsse.

Die herrschende Meinung nimmt an, daß sich der § 297 nur auf die Fälle des Verbalangebots beziehe,[61] da in den Fällen, wo der Schuldner tatsächlich anbieten muß, aus den Erfordernissen des tatsächlichen Angebots sich von selbst ergebe, daß der Schuldner imstande sein müsse, die Leistung zu bewirken. Auch die Entstehungsgeschichte des § 297 spricht für diese Auffassung. Der 2. Entw. behandelt nämlich das tatsächliche und das wörtliche Angebot in zwei besonderen Paragraphen, wobei der jetzige § 297 den 3. Abs. des nur die Verbaloblation enthaltenden Paragraphen bildet. Später wurde dieser Paragraph

---

[60] vgl. Munk a. a. O. S. 70 Note 271 u. Entsch. d. ROHG. in Seufferts Arch. Bd. 26 Nr. 233 S. 349 u. Erkenntnis des OTr. in Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 216; Prot. Bd. 2 S. 661.

[61] vgl. Planck 1907 S. 109 zu § 297.

zerlegt (jetzt §§ 295—297), so daß man daraus schließen kann, die Kommission des 2. Entw. wollte auch im § 297 nur die Fälle der Verbaloblation treffen. Trotzdem lassen sich doch auch Fälle denken, in denen trotz Realoblation der Schuldner nicht imstande ist, die Leistung zu bewirken. Zwar das Beispiel, welches Bendix[62] anführt, der Schuldner habe sich die Ware nur zu dem Zwecke der Oblation geliehen, könne aber in Wirklichkeit gar nicht liefern, ist deshalb nicht zutreffend, weil der Schuldner in diesem Falle ja imstande wäre, zu liefern (vgl. § 932 BGB.), wählt man aber statt der geliehenen Sache eine gestohlene, dann paßt das Beispiel (§ 935).

Jedenfalls sind solche Fälle aber Ausnahmefälle.

b) Auslegung des § 297 BGB. hinsichtlich des Begriffes des „Außerstandesein".

§ 5.

Nun zu dem Begriff des „Außerstandesein".

Dernburg, Oertmann und mit ihnen die herrschende Meinung nehmen an: „Der Schuldner ist außerstande zu leisten" bedeute so viel, wie „die Leistung ist unmöglich". Eine Begründung für diese Auffassung geben sie nicht. Gegen eine derartige Auffassung spricht aber zunächst schon die vollkommen subjektive Fassung des § 297. „Wenn der Schuldner außerstande ist", heißt es, nicht aber objektiv: „wenn dem Schuldner die Leistung

---

[62] Bendix a. a. O. S. 264.

unmöglich ist". Schon dies legt die Vermutung nahe, daß das Gesetz lediglich die Möglichkeit der Leistung, soweit die Person des Schuldners in Betracht kommt, lediglich die Anforderungen, welche der Vertrag an ihn persönlich stellt, hat treffen wollen. Diese Vermutung wird aber zur Gewißheit, wenn wir auf die Entstehungsgeschichte des § 297 zurückgehen.

Denn gerade in solchen Fällen, in denen es zweifelhaft erscheint, was mit einem bestimmten Worte gemeint, einer bestimmten Vorschrift des Gesetzes beabsichtigt ist, bieten die Motive eine wichtige Erkenntnisquelle, zwar nicht in dem Sinne, daß ihr Inhalt unbedingt maßgebend ist, wohl aber insoweit, als die Erfassung der grundlegenden Gedanken und die Tragweite der einzelnen Bestimmungen ersichtlich und geklärt wird. Freilich hat „der Gesetzgeber nur durch das Gesetz gesprochen",[63] aber deshalb ein Eingehen auf die Motive als unerheblich abzulehnen, wie Kohler es tut, erscheint nicht berechtigt. Wir können die Vorarbeiten bei einer zuverlässigen Gesetzesauslegung nicht entbehren.[64]

Im § 255 des 1. Entw. finden wir den Ausdruck „außerstandesein" noch nicht. Der Entwurf spricht vielmehr von dem Leistungsvermögen des Schuldners". Erst im 2. Entw. § 251 Abs. 3 erhält der jetzige § 297 seine heutige Fassung, erst hier also heißt es: „wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung

[63] Kohler Bd. 2 S. 175.

[64] vgl. Fischer-Henle 1909 Einl. S. 15 Anm. 1 u. S. 28.

zu bewirken". Daß mit diesen letzteren Worten etwas anderes gemeint ist als mit der Bezeichnung „Leistungsvermögen des Schuldners", erscheint ausgeschlossen. Hätte die Kommission eine derartige Abweichung beabsichtigt, so würde in den Protokollen diese Absicht zum Ausdruck gekommen sein. Es ergibt sich aber gerade aus den Protokollen,[65] daß eine solche Absicht nicht bestanden hat. Denn es heißt hier: Sachlich wird der Abs. 3 des Entwurfs (§ 255) dahin abgeändert, daß nicht der Schuldner neben dem Angebote seine Leistungsbereitschaft zu beweisen hat, sondern der Schuldner sei ungeachtet des Angebots nicht imstande gewesen, zu leisten. Also nur eine sachliche Änderung bezüglich der Beweislast: Leistungsbereitschaft — auch hier mit Leistungsvermögen identifiziert (vgl. das Folgende) — wird gleich „nicht im Stande sein gesetzt".

Ergibt sich also aus den Motiven, was unter Leistungsvermögen zu verstehen ist, so kann dies unbedenklich auch auf den Ausdruck „Außerstandesein" übertragen werden. Die Motive[66] lassen sich zunächst über das Prinzip aus, welches für die in den §§ 294—297 aufgestellten Erfordernisse des Gläubigerverzuges maßgebend gewesen ist. Sie sagen: „Der Schuldner hat diejenige Tätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältnis ihm vorschreibt, und welche, wenn der Gläubiger den aus der

[65] Prot. Bd. 2 S. 661.

[66] Mot. S. 69.

konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt".

In dieses Prinzip ist der § 297 mit eingeschlossen. Das Leistungsvermögen fällt aus diesem Rahmen nicht heraus; der Schuldner ist leistungsunvermögend, kann also nur so viel bedeuten wie: der Schuldner vermag die in seiner Person nach dem Vertrage ihm obliegenden Verpflichtungen nicht zu erfüllen. Nicht mehr!

Und weiter sagen die Motive[67]: „Zu einem wirksamen Anerbieten ist aber immer und ausnahmslos erforderlich die tatsächliche Bereitschaft des Schuldners, sein reelles Leistungsvermögen gemäß dem Inhalt seiner konkreten Verbindlichkeit". Deutlicher konnten fürwahr die Motive nicht reden! Tatsächliche Bereitschaft wird hier dem reellen Leistungsvermögen gleichgesetzt. Der Schuldner ist zur Leistung vermögend, der Schuldner ist imstande zu leisten, heißt nichts weiter als: der Schuldner hat seinerseits alles getan, was zur Herbeiführung der Erfüllung nach dem konkreten Schuldverhältnis von ihm zu erwarten ist; denn dann ist er „tatsächlich bereit".

Der Schuldner ist außerstande, die Leistung zu bewirken, wenn er diese Bedingung nicht erfüllt, denn dann ist er tatsächlich nicht bereit. Dies ist der Sinn und die Bedeutung der Worte: „wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu bewirken". Von einer objektiven Un=

---

[67] Mot. S. 70.

möglichkeit der Leistung des Schuldners ist hierin nichts enthalten. „Seinerseits“, „für eine Person“, „soweit es von ihm abhängt“, — diese Worte muß man sich im § 297 vor „außerstande“ ergänzen, um den wahren Sinn zu erfassen.[68]

Das Gesetz stellt demnach die Möglichkeit der Leistung als Voraussetzung für den Gläubigerverzug nicht auf.

2. Die in Betracht kommenden Tatbestände.

Die Frage, ob die Möglichkeit der Leistung Voraussetzung für den Gläubigerverzug ist, hat im Bürgerlichen Gesetzbuch eine praktische Bedeutung nur für den Dienstvertrag und Werkvertrag. Denn nur bei diesen Verträgen finden sich Spezialbestimmungen über den Gläubigerverzug, die geeignet sind, die allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung (§§ 323—325) außer Kraft zu setzen. Bei allen anderen Verträgen sind, was die Frage des Gläubigerverzugs betrifft, diese Bestimmungen unbedingt maßgebend, beim Dienst- und Werkvertrag nur so weit, als nicht durch die dort für den Gläubigerverzug gegebenen Vorschriften abweichende Ergebnisse erzielt werden.

Die Motive[69] zum § 615 heben ausdrücklich hervor, daß das Recht des Dienstverpflichteten auf Vergütung

---

[68] Die Behauptung Schroeders (a. a. O. S. 29), daß bei dieser Auffassung die Bestimmung des § 297 „paradox werde“, ist unverständlich.

[69] Mot. S. 463.

„von den Erfordernissen des Annahmeverzuges des Dienstberechtigten abhängig gemacht wird". Beim Dienst- und Werkvertrag ist es deshalb von grundlegender Bedeutung, ob man trotz Unmöglichkeit der Leistung Gläubigerverzug annimmt. Es wird daher an Beispielen aus dem Dienst- und Werkvertrage nachgewiesen werden, daß die Leistung zwar objektiv unmöglich, der Schuldner aber seinerseits völlig leistungsbereit sein kann und demnach (vgl. oben § 5) ein Gläubigerverzug angenommen werden muß.

3. Die Leistung des Schuldners wird unmöglich dadurch, daß dem Gläubiger die Mitwirkung unmöglich wird:

a) Durch Umstände, welche in seiner Person liegen,

α) Durch objektive Unmöglichkeit der Mitwirkung, und zwar

aa) Ohne Verschulden des Gläubigers.

§ 6.

Lassen sich denn aber wirklich Fälle denken, in denen die Leistung zwar objektiv unmöglich, der Schuldner aber seinerseits völlig leistungsbereit ist? Rosenberg[70] leugnet dies, wenn er sagt: „Von einer Leistungsbereitschaft kann nicht die Rede sein, wenn die Leistung unmöglich ist". Diese Auffassung ist durchaus abwegig. Wählen wir folgende Beispiele! Der Fabrikherr kann die Arbeiter, die früh zum Dienst antreten, um in der Fabrik und mit Hilfe der Fabrikeinrichtungen zu arbeiten, nicht beschäf-

[70] a. a. O. S. 163.

tigen, weil die Fabrik über Nacht abgebrannt ist. Der Küfer, der die in meinem Keller lagernden Fässer Wein abziehen soll, kann diese Tätigkeit nicht ausführen, weil die Fässer ausgelaufen sind.

Das Gebäude, an dem der Maler ein Fresko anbringen sollte, ist eingestürzt. Der Hauslehrer kann seiner Verpflichtung, den Schüler zu unterrichten, nicht nachkommen, weil dieser gestorben ist.

In allen diesen Fällen liegt — das ist unzweifelhaft — eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vor. Der Arbeiter, der Küfer, der Maler, der Hauslehrer, sie alle stehen der objektiven Unmöglichkeit gegenüber, ihre Arbeit oder Dienste zu verrichten, weil die für die Herbeiführung ihrer Tätigkeit notwendigen objektiven Voraussetzungen fehlen: die Fabrik ist abgebrannt, die Fässer Wein sind ausgelaufen, das Gebäude ist zerstört, der Schüler ist tot. Kein Arbeiter, kein Küfer usw. kann unter diesen Umständen seiner Verpflichtung nachkommen: die Leistung ist objektiv unmöglich.

Und dennoch! Der Arbeiter ist persönlich zur Leistung bereit und imstande. Er kommt mit voller körperlicher und geistiger Arbeitskraft in dem vertragsmäßigen Umfang zur Arbeit und bietet dem Arbeitgeber seine Dienste an.

In seiner Person liegen keine Umstände vor, die das Angebot Lügen strafen. In seinen persönlichen Verhältnissen hat die Unmöglichkeit keineswegs ihren Grund; daß die Leistung unmöglich ist, liegt einzig und

allein an der mangelnden Mitwirkung des Gläubigers. Der Gläubiger hatte dafür zu sorgen, daß gewisse objektive „Bedingungen, unter denen die Leistung möglich war, gegeben seien", er hatte die „Leistungssituation herbeizuführen".[71]

Der Fabrikherr hatte dem Arbeiter die Fabrik und die Maschinen, der Bauherr hatte dem Maler das Gebäude, der Schüler dem Lehrer die anwesende Persönlichkeit zu gewähren, und zwar nach dem Inhalte des Vertrages! Diese ihnen obliegende Mitwirkung haben sie nicht vorgenommen, konnten sie nicht vornehmen, weil die Mitwirkung ihnen durch einen Zufall objektiv unmöglich wurde. Ohne ihre Schuld!

Aber dieser Begriff ist bei der Betrachtung des Annahmeverzugs auszuscheiden (vgl. oben § 2). Ein und derselbe Umstand, nämlich das Abbrennen der Fabrik usw., hat die Annahmeunmöglichkeit — Annahme in dem weiteren Sinne (vgl. oben § 2) — herbeigeführt und „dadurch dem Gläubiger den Annahmeverzug aufgedrängt"[72] und ist gleichzeitig die Grundlage für die Leistungsunmöglichkeit geworden.

Der Gläubiger kann dem Schuldner die Unmöglichkeit nicht entgegenhalten, die „zuerst ihn und per consequens"[73] den Schuldner trifft. „Wenn Umstände im Bereiche seines Annahmewirkens entstehen und sich in

---

[71] vgl. Kohler Bd. 2 S. 259.

[72] vgl. Kohler Bd. 2 S. 254.

[73] Kohler Bd. 2 S. 200.

das Bereich der schuldnerischen Leistung herüber erstrecken, so kann er seinen Annahmeverzug nicht mit der Motivierung ablehnen, daß der Schuldner infolge dieser Umstände nicht in der Erfüllungsmöglichkeit war".[74]

Dem Schuldner wäre die Leistung möglich gewesen, wenn die seitens des Gläubigers erforderliche Mitwirkung nicht unterblieben wäre. Warum der Gläubiger diese Mitwirkung versagt hat, ist gleichgültig. Er kommt in Annahmeverzug. Dies geht auch deutlich aus den Motiven[75] zu den allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug hervor. Dort heißt es: „Die ihm obliegende Tätigkeit hat der Schuldner bis zu dem Punkt fortzuführen, an welchem ihm eine Fortführung und eine Erreichung des Zieles dadurch unmöglich wird, daß der Gläubiger jene — d. h. die für sein Verhalten aus dem Vertrage sich ergebenden — Voraussetzungen nicht erfüllt. Aus diesem Grunde kann dem Schuldner die freie Tätigkeit früher oder später abgeschnitten werden, ja, es kann nach den konkreten Obligationen ein solches den obligationsmäßigen Voraussetzungen widersprechendes Verhalten des Gläubigers schon vor dem Beginn der vom Schuldner zu entwickelnden Tätigkeit liegen und diesen Beginn ausschließen". Diese Worte der Motive treffen auf alle hier wiedergegebenen Beispiele zu. „Ein den obligationsmäßigen Voraussetzungen widersprechendes

---

[74] Kohler a. a. O.

[75] Mot. S. 69.

Verhalten des Gläubigers" ist ein neutraler Ausdruck und bedeutet nichts weiter als Unterlassen der Mitwirkung. Dieses Unterlassen liegt in dem Nichtgewähren der Fabrik usw. Der Schuldner seinerseits hat alles getan, soweit es die mangelnde Mitwirkung des Gläubigers ihm erlaubte.

In allen diesen Fällen liegt Gläubigerverzug trotz Unmöglichkeit der Leistung vor; denn der Schuldner für seine Person ist völlig leistungsbereit und imstande, die Leistung zu bewirken.

Die Fälle, in welchen der Arbeiter nicht arbeiten kann, weil die Fabrik abgebrannt ist, der Küfer den Wein nicht abziehen kann, weil die Fässer ausgelaufen sind, gehören aber nur dann hierher, wenn man annimmt, daß sich der Vertrag gerade auf diese bestimmte Fabrik, auf diese bestimmten Maschinen, gerade auf dieses bestimmte Faß Wein bezog, daß also die Arbeit gerade für diese Arbeitsstätte oder Sache versprochen wurde, mithin eine durch die Fabrik, durch das Faß Wein individualisierte Tätigkeit war.

Es wäre aber auch sehr wohl denkbar, daß die bestimmte Fabrik oder das bestimmte Faß Wein für die Dienste des Arbeiters oder Küfers nicht wesentlich sind, daß vielmehr der Arbeiter oder der Küfer von vornherein nur ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt haben, ohne ihre Leistung gerade auf ein bestimmtes Objekt zu beziehen. In diesem Falle kann von einer unmöglichen Leistung trotz Abbrennens der Fabrik, trotz Auslaufens

des Fasses nicht die Rede sein. Ob nun das eine oder das andere anzunehmen ist, richtet sich nach dem Inhalte des Vertrages.[76] In jedem Falle scheint Enneccerus[77] zu weit zu gehen, wenn er behauptet, der Vertrag beziehe sich im Zweifel nicht auf das bestimmte Objekt, die Leistung sei daher im Zweifel immer noch möglich. Ebenso scheinbar auch Titze.[78]

Mit Recht bemerkt Kisch[79] dagegen, daß dies in seiner Allgemeinheit nicht zutrifft, vor allem in dem Falle, in welchem der Dienstherr gerade nur die untergegangene Fabrik betrieb. Mir scheint im Gegenteil die Ansicht von Planck[80] die richtige zu sein, der annimmt, daß die entgegengesetzte Auslegung des Vertrages der Auffassung desselben mehr entspreche. Die Streitfrage, ob der Vertrag auf diese oder jene Weise auszulegen sei, hat ihre Berechtigung, weil — wie schon bemerkt — je nachdem die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung vorliegt.

Freilich in dem Sinne, wie Planck und Enneccerus diese Streitfrage behandeln, hat sie keine Berechtigung. Diese beiden Schriftsteller nehmen nämlich an, daß in dem einen Falle Unmöglichkeit der Leistung, in dem anderen Falle Unmöglichkeit der Annahme bei

---

[76] vgl. v. Staudinger a. a. O. zu § 616 Anm. 6.

[77] a. a. O. S. 939 u. 706 Anm. 1.

[78] Titze a. a. O. S. 29.

[79] Kisch in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 529.

[80] a. a. O. zu § 616 Anm. 5.

Möglichkeit der Leistung vorliegt. Enneccerus[81] sagt: „Wenn die Dienste ausschließlich für die Fabrik versprochen werden und diese abbrennt, dann liegt Unmöglichkeit der Leistung vor".

Dies ist zweifellos richtig.

Weiter sagt er aber: „Für die Dienste eines Fabrikarbeiters ist die Fabrik im Zweifel nicht wesentlich. Er muß sich vielmehr die gleiche Beschäftigung in einer anderen gleichen Fabrik des Dienstberechtigten gefallen lassen, und die Dienstleistung ist durch den Untergang der Fabrik nicht unmöglich geworden, nur die Annahme ist dem Dienstberechtigten unmöglich".

In demselben Sinne Planck.[82]

M. E. ist nun aber in diesem letzten Falle, in welchem die Leistung möglich ist, auch die Annahme seitens des Dienstherrn möglich. Denn wäre der Vertrag darauf gerichtet, daß der Dienstverpflichtete allgemein seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, so ist eben diese Arbeitskraft seine Leistung, und diese anzunehmen ist für den Dienstherrn durchaus nicht unmöglich. Enneccerus sagt ja selbst, der Dienstherr könne den Arbeiter in einer anderen Fabrik unterbringen; tut er aber dies, so nimmt er doch die Leistung des Arbeiters, seine Dienste, an. Es kann sich höchstens einmal um eine kurze Verzögerung der Annahme handeln, wenn der Fabrikherr erst seine

---

[81] a. a. O. S. 939.

[82] Planck a. a. O.

Dispositionen treffen muß, wie und wo er den Arbeiter in seiner anderen Fabrik beschäftigen soll. In jedem Falle ist es ihm doch aber möglich, die Arbeitskraft des Arbeiters anzunehmen. Der Irrtum, welchen Enneccerus und Planck m. E. hierin begehen, ist der, daß sie, soweit die Leistung des Schuldners in Betracht kommt, diese allgemein als die Arbeitskraft auffassen, daß sie dagegen, was die Annahme eben dieser Leistung betrifft, die Leistung nunmehr als individualisierte Tätigkeit auffassen.

Danach liegt entweder Möglichkeit der Leistung und zugleich Möglichkeit der Annahme vor oder Unmöglichkeit der Leistung und zugleich Unmöglichkeit der Annahme, dagegen nicht Möglichkeit der Leistung und Unmöglichkeit der Annahme.

Das Ergebnis, zu dem wir gelangen, rechtfertigt somit den der Ansicht von Planck und Enneccerus entgegengesetzten Standpunkt.

Während letztere bei Unmöglichkeit der Leistung Annahmeverzug nicht annehmen — denn sie stehen auf dem Boden der herrschenden Theorie —, dagegen bei Möglichkeit der Leistung stets Annahmeverzug annehmen, weil die Annahme unmöglich sei, nehmen wir umgekehrt bei Unmöglichkeit der Leistung Annahmeverzug an, dagegen bei Möglichkeit der Leistung keinen Annahmeverzug, da ja die Annahme möglich ist. Natürlich kann im letzten Falle der Arbeitgeber in Annahmeverzug kommen, wenn er nämlich, trotzdem er annehmen kann, nicht

annehmen will; aber dieser Annahmeverzug ist dann losgelöst von dem Untergang der Fabrik und dem Auslaufen des Weines.

§ 7.

Objektive Unmöglichkeit der Mitwirkung, und zwar

bb) Durch Verschulden des Gläubigers.

Wie nun, wenn der Gläubiger seine Mitwirkung schuldhaft unterlassen hat?

Der Dienstherr hat den Brand der Fabrik schuldhaft veranlaßt, der Weinhändler hat die Fässer fahrlässig auslaufen lassen. Es ist klar, daß für diese Fälle genau dasselbe gilt wie für die bereits besprochenen, bei denen durch einen Zufall dem Gläubiger die Mitwirkung unmöglich wurde.

Auch in diesen Fällen ist durch das Nichtgewähren der Fabrik, der Fässer dem Schuldner „die Entwicklung seiner zur Herbeiführung der Erfüllung nötigen Tätigkeit unmöglich".[83] Die Leistung ist objektiv unmöglich, der Arbeiter, der Küfer aber völlig bereit und imstande, die Leistung zu bewirken. Der Gläubiger kommt in Annahmeverzug, wenn er die Dienste nicht annehmen kann. Ein Unterschied zwischen diesen Fällen und denjenigen, bei denen durch einen Zufall in der Person des Bestellers die Leistung unmöglich wird, besteht nicht. Und doch nimmt Schulz[84] nur für die letzteren Fälle einen

---

[83] Mot. S. 70.

[84] a. a. O. S. 21.

Annahmeverzug an, während er bei verschuldeter Unmöglichkeit der Mitwirkung einen Annahmeverzug leugnet. Mit dieser Ansicht steht er allein. Es gibt Schriftsteller, welche umgekehrt nur dann Annahmeverzug annehmen, wenn der Gläubiger die in seiner Person liegenden Voraussetzungen schuldhaft aufhebt, also z. B. das Faß fahrlässig auslaufen läßt, dagegen keinen Annahmeverzug, wenn durch Zufall die Voraussetzungen aufgehoben werden, also z. B. das Faß zufällig ausläuft (vgl. unten § 12).

Diese Ansicht geht fehl, weil das Gesetz das Erfordernis des Verschuldens für den Gläubigerverzug nicht aufstellt. Ebenso irrig ist aber auch die entgegengesetzte Theorie von Schulz.

Denn wenn Schulz sich darauf beruft, daß im Falle verschuldeter Unmöglichkeit der Mitwirkung ein „Heranziehen von Annahmeverzug zwecklos" sei (weil man auch ohne Annahmeverzug zu brauchbaren Ergebnissen komme), daß man Annahmeverzug „nicht anzunehmen brauche" und daß deshalb „Annahmeverzug nicht anzunehmen sei", so ist dies kein zu rechtfertigender Standpunkt. Zwar erscheint es zulässig, ein billiges Ergebnis als ein Zeichen dafür anzusehen, daß der eingeschlagene Weg der richtige war, aber es geht nicht an, diese billigen Ergebnisse bei einer prinzipiellen Frage in der Weise entscheiden zu lassen, daß man in Fällen, die für diese Frage vollkommen gleichliegen, bald — wenn die billigen Ergebnisse es erfordern — die Frage in dem einen Sinne beantwortet,

bald — wenn sie es nicht erfordern — im entgegengesetzten Sinne.

Ob nun der Wein durch Zufall oder durch Fahrlässigkeit des Gläubigers auslief, ist für die hier zu entscheidende prinzipielle Frage gleichgültig: in beiden Fällen liegt dieselbe Unmöglichkeit für den Küfer vor, den Wein abzuziehen, in beiden Fällen ist der Küfer in gleicher Weise persönlich bereit und imstande, seine Leistung zu bewirken. Nimmt man in dem einen Falle Annahmeverzug an, so muß man es auch in dem anderen Falle tun. Es gibt keine Begründung und kann keine Begründung für eine gegenteilige Auffassung geben.

Es hat den Anschein, wie wenn hier Schulz eine Äußerung Kohlers mißverstanden hätte.

Kohler[85] sagt nämlich, daß in dem Falle, in welchem der Gläubiger den Wein fahrlässig auslaufen läßt, „kein Fall des verschuldeten Annahmeverzuges“ vorliege, die Leistungsunmöglichkeit vielmehr umgekehrt vom Gläubiger verschuldet sei. M. E. könnte man nun auch von einem verschuldeten Annahmeverzug reden; für den Begriff ist aber die Bezeichnung unerheblich. Jedenfalls will Kohler nur den verschuldeten Annahmeverzug leugnen, nicht etwa allgemein den Annahmeverzug.

---

[85] Kohler Bd. 2 S. 255.

§ 8.

β) Subjektive Unmöglichkeit der Mitwirkung des Gläubigers.

Bisher wurde stets von Fällen gesprochen, bei denen die Mitwirkung dem Gläubiger objektiv unmöglich wurde.

Es lassen sich aber auch Fälle denken, bei denen der Gläubiger nur subjektiv verhindert ist, mitzuwirken, z. B. das Faß Wein, welches der Küfer abziehen soll, wird gestohlen! Der Kranke, an dem ein Heilschnitt gemacht werden soll, wird körperlich unfähig, ihn zu ertragen, der vom Alpenführer begleitete Bergsteiger ist außerstande, weiterzugehen.[86]

Liegt auch hier eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vor bei vollständiger Leistungsbereitschaft des Schuldners? Diese Frage muß bejaht werden. Von einer subjektiven Unmöglichkeit, nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches einem Unvermögen des Schuldners, kann man nicht sprechen. Es ist nicht zutreffend, wenn Dernburg[87] definiert: „Die Unmöglichkeit ist entweder eine objektive, für jedermann vorhandene, oder eine subjektive, in der Person des Gläubigers oder des Schuldners liegende“ und behauptet: „letztere vom Bürgerlichen Gesetzbuch Unvermögen des Schuldners zur Leistung genannt“. Das Bürgerliche Gesetzbuch bezeichnet vielmehr als Unvermögen nur das in der Person des Schuldners begründete Nichterfüllenkönnen.

[86] Beispiele aus Kohler Bd. 2 S. 373.

[87] Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 45 § 16.

Die Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches stehen auf dem Boden der l. 137 §§ 4—6 D. de verb. obl. 45, 1, wo Venuleius zwischen impossibilitas und causa difficultatis unterscheidet und als Kennzeichen der letzteren das efficere non posse, cum alio (richtiger stände alii) possibile aufstellt. Diese Begriffe bezeichnete Savigny[88] zuerst mit objektiver und subjektiver Unmöglichkeit, letztere als die „in den besonderen persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründete“ definierend.

Diese subjektive Unmöglichkeit ist aber identisch mit dem zuerst von Brinz geprägten, vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommenen Ausdruck „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“.

Somit liegt in allen Fällen, in welchen der Gläubiger subjektiv verhindert ist, mitzuwirken, eine objektive Leistungsunmöglichkeit vor.

Denn auch von einer „an sich möglichen Leistung, insofern als „das Substrat für die schuldnerische Tätigkeit in natura vorhanden ist“,[89] möchte ich in diesen Fällen nicht sprechen.

Ist das Faß Wein gestohlen, so ist der Gläubiger außerstande, dem Schuldner zur Bewirkung seiner Leistung die nötigen Fässer Wein zu gewähren, und macht dadurch die Leistung unmöglich. Vielleicht nicht für immer, wenn nämlich der Dieb, gleichviel weshalb, die Fässer wieder

---

[88] Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 384 1851.

[89] vgl. Titze a. a. O. S. 27.

zurückbringt; aber dies liegt ja doch wohl sehr außerhalb des Bereiches der Wahrscheinlichkeit, daß man hier in der Tat von einer — subjektiven — Unmöglichkeit der Mitwirkung und von einer — objektiven — Unmöglichkeit der Leistung reden kann.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Grenze zwischen den Fällen, in welchen eine Leistung möglich, und denen, in welchen sie unmöglich ist, sich schwer finden läßt. Z. B. möchte ich in dem Falle, den Titze[90] dem soeben besprochenen gleichstellt, daß nämlich der Schüler zu seinem Vergnügen auf Reisen geht, nicht eine objektive Unmöglichkeit des Hauslehrers zur Leistung annehmen, weil hier der Schüler ja imstande ist mitzuwirken und bloß nicht mitwirken will. Würde man hier eine Unmöglichkeit der Leistung annehmen, so käme man schließlich dazu, auch dann von Unmöglichkeit zu sprechen, wenn z. B. der Gläubiger im Falle des Spezifikationskaufes nicht die nötigen Bestimmungen über Art und Maß der zu liefernden Ware trifft, wenn er beim Werkvertrag dem Schuldner den Gegenstand nicht herausgibt, den dieser bearbeiten soll, wenn er sich weigert, die für die Herstellung des Werkes notwendigen Anweisungen zu geben, wenn er sich zur Anprobe beim Schneider nicht einfindet usw.

Hier mag vielleicht eine tatsächliche Unmöglichkeit für den Werkmeister vorliegen, aber keine Unmöglichkeit vom Standpunkte des Gesetzes. Würde man hier eine

---

[90] Titze a. a. O.

Unmöglichkeit der Leistung annehmen, und sich der herrschenden Meinung anschließen, die bei Unmöglichkeit niemals Annahmeverzug eintreten läßt, so würde die Lehre vom Gläubigerverzug in der Tat überflüssig sein, da sich der Gläubiger immer auf die Leistungsunmöglichkeit des Schuldners berufen könnte. Ebenso wie man auf seiten des Verpflichteten das Nichtleistenwollen von dem Nichtleisten-können trennen muß, möchte ich auf seiten des Berechtigten das Nichtmitwirkenwollen von dem Nichtmitwirkenkönnen scheiden und nur bei letzterem eine objektive Unmöglichkeit der Leistung annehmen. Abzulehnen ist es jedenfalls, im Falle des Unvermögens des Gläubigers zur Mitwirkung von einem Unvermögen des Schuldners zur Leistung zu sprechen — denn was andere können, kann unser Küfer auch —; die Ansicht, daß hier eine mögliche Leistung vorliegt,[91] ließe sich allenfalls hören. Der von Schulz[92] gegen Titze erhobene Vorwurf, dieser mache die auch von Schulz[93] verworfene Unterscheidung von Mitwirkungs-unmöglichkeit und Mitwirkungsunvermögen, wie Schulz treffend diese Begriffe bezeichnet, ist unberechtigt.

Titze nennt neben dem Fall, in welchem das vom Küfer abzuziehende Faß Wein gestohlen wird, als gleich-liegend andere Fälle, in denen von einem Mitwirkungsun-vermögen nicht die Rede sein kann, z. B. den schon erwähnten von der Vergnügungsreise des Schülers, oder den Fall,

[91] So Titze a. a. O.

[92] Schulz a. a. O. S. 31.

[93] Schulz a. a. O. S. 18.

daß die Gemeinde dem Maler den Zutritt zu der Kirche verwehrt, weil sein Gemälde ihr zu weltlich zu werden droht. Man kann also Titze nicht den Vorwurf machen, daß er zwischen Mitwirkungsunmöglichkeit und Mitwirkungsunvermögen unterscheidet und in dem einen Falle Unmöglichkeit der Leistung und in dem anderen Unvermögen des Schuldners annimmt, was sowohl wir wie Schulz verworfen haben, sondern man kann Titze höchstens den Vorwurf machen, daß er die von uns gemachte scharfe Scheidung zwischen Nichtmitwirkenkönnen und Nichtmitwirkenwollen nicht erkennt und danach zu zweifelhaften Ergebnissen bezüglich der Frage kommt, wann eine Leistung möglich, wann sie unmöglich ist. Diese schwierige Frage ist aber nur vom Standpunkt der herrschenden Theorie, die, je nachdem die Leistung möglich oder unmöglich ist, Annahmeverzug annimmt oder nicht, von Bedeutung. Wir, die wir in der Unmöglichkeit der Leistung keine Voraussetzung für den Gläubigerverzug erblicken, brauchen diese Frage nicht weiter zu verfolgen.

Dem Gläubiger wird die Mitwirkung unmöglich.

b) Durch Umstände, welche außerhalb seiner Person liegen.

§ 9.

Bisher wurden nur Fälle behandelt, bei denen die Mitwirkung dem Gläubiger unmöglich wurde durch

einen in seiner Person liegenden Umstand, sei es Verschulden, sei es Zufall. Es lassen sich aber auch Fälle denken, bei denen der Zufall äußere Verhältnisse betrifft, die weder die Person des einen noch des anderen Kontrahenten berühren. Ich engagiere jemanden für die Beobachtung des Venusdurchganges, und das stürmische Wetter verhindert jede Tätigkeit, oder der von der Zeitung abgeschickte Schlachtenberichterstatter muß unverrichteter Dinge heimreisen, weil er gerade erst zum Friedensschlusse kommt. In diesen Fällen kann von einem Annahmeverzug nicht gesprochen werden, weil „die Leistungssituation in dieser Beziehung“[94] gar nicht durch den Besteller herbeizuführen ist. Hier einen Annahmeverzug annehmen, hieße das Wesen des Annahmeverzuges verkennen, der (vgl. oben § 2) als das Unterlassen der zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers zu bestimmen ist. Hier ist aber eine Mitwirkung des Gläubigers — Mitwirkung selbst im weitesten Sinne genommen — gar nicht möglich, der Gläubiger kann also diese Mitwirkung auch nicht unterlassen, ein Gläubigerverzug ist undenkbar.

Und doch nimmt Schulz[95] hier einen Annahmeverzug an, freilich ohne seine Ansicht näher zu begründen. Man kann hier nicht, wie Schulz es tut, von einem Zufall reden, der die „Mitwirkungsunmöglichkeit herbei-

---

[94] Kohler Bd. 2 S. 259.

[95] a. a. O. S. 37.

führt"; denn wo keine Möglichkeit der Mitwirkung, da auch keine Mitwirkungsunmöglichkeit. Selbst Kohler,[96] der sonst den Annahmeverzug in weitestem Maße zuläßt, nimmt in diesem Falle keinen Verzug an. Ähnlich liegt folgender Fall: Der Maler malt ein Bild, und dieses Bild geht vor der Abnahme zufällig unter, sei es daß der Maler im Hause des Bestellers oder in seinem Atelier malt. Auch hier kann kein Annahmeverzug begründet werden. Aus denselben Gründen. Schulz[97] nimmt in diesem Fall im Gegensatz zu den soeben besprochenen Fällen keinen Annahmeverzug an, während Kohler[98] ebenfalls im Gegensatz zu diesen Fällen (scheinbar) Annahmeverzug annimmt. Und doch liegen alle diese Fälle gleich! Auch hier ist von einem Unterlassen der Mitwirkung seitens des Bestellers nicht die Rede.

Man wende nicht ein, daß dieser Fall dem von uns oben erwähnten gleich liege, in welchem der Maler an einem Gebäude ein Fresko anbringen sollte und das Gebäude einstürzte, dem Beispiele, für welches wir Annahmeverzug annahmen.

Diese Fälle liegen verschieden. Bei dem Freskomaler erfüllt der Gläubiger die für die Tätigkeit des Malers nötigen Vorbedingungen nicht, wenn er das Gebäude nicht gewährt. „Die Nichtannahme beruht in dem Nichttun von etwas, das die Voraussetzung der Arbeit des Unter-

---

[96] Kohler a. a. O. S. 259.

[97] a. a. O. S. 35.

[98] a. a. O. S. 261.

nehmers ist",[99]) es liegt ein Fall vor, wo der Gläubiger „das lebende oder tote Objekt der wissenschaftlichen, künstlerischen, hygienischen Behandlung nicht bietet".[100]

Anders bei dem Malen des Bildes, wenn dieses untergeht. Hier ist nicht das Bild die Vorbedingung für das Werk des Malers in dem Sinne, wie es das Gebäude ist, sondern das Werk selbst (im Sinne des § 644 BGB.). Der Gläubiger hat daher hier auch diese Vorbedingung nicht zu gewähren und kann sie nicht gewähren.

In dieser Weise muß die Grenze scharf gezogen werden.

Daß dann, wenn der Zufall nur die Person des Unternehmers trifft oder dieser gar die Unmöglichkeit der Leistung schuldhaft herbeiführt, von einem Gläubigerverzug keine Rede sein kann, bedarf nur der Erwähnung.

3. Das praktische Bedürfnis.

Würde man, wie die herrschende Meinung es will, bei Unmöglichkeit der Leistung niemals Annahmeverzug annehmen, so würde, vorausgesetzt daß die Unmöglichkeit durch einen Zufall herbeigeführt ist, also durch einen Umstand, den keiner der Vertragsgenossen zu vertreten hat, der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren. Dies folgt aus § 323 Abs. 1 BGB.

---

[99] Kohler Bd. 2 S. 252.

[100] Kohler Bd. 2 S. 253.

Der Arbeiter erhielte keine Vergütung, wenn die Fabrik seines Arbeitgebers abbrennt, der Küfer würde leer ausgehen, wenn die Fässer auslaufen oder gestohlen werden, ebenso würde es dem Hauslehrer ergehen, dessen Schüler stirbt, und dem Bergführer, dessen Tourist während der Tour krank wird, usw.

Eine in der Person des Bestellers eintretende Unmöglichkeit würde den Vertrag restlos auflösen. Dies wäre ein Ergebnis, das der Billigkeit wenig entspräche.

Nun könnte man vielleicht auf den Gedanken kommen, beim Werkvertrage, bei dem nach § 640 BGB. eine Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme besteht — Kohler[101] leugnet dies in Widerspruch mit dem Gesetze —, der Besteller also hinsichtlich der Abnahme Schuldner ist, diese Abnahme als Leistung im Sinne des § 323 aufzufassen. Dann käme man, da dem Besteller seine „Leistung“ unmöglich sein würde, dazu, daß er, der Besteller den Anspruch auf die Gegenleistung, den Arbeitserfolg, verlöre. Dieser Gedanke, der übrigens noch nie in der Literatur aufgetaucht ist, wäre aber irrig. Denn abgesehen davon, daß die Abnahmepflicht, wie das Reichsgericht[102] schon öfters hervorgehoben hat, doch nur als eine der Zahlungspflicht nicht gleichwertige Nebenpflicht aufgefaßt werden dürfte, wäre es sicherlich dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht entsprechend, von der Abnahme des

---

[101] Bd. 2 S. 240ff., 174ff.

[102] vgl. RG. Bd. 53 S. 161ff., Bd. 56 S. 141.

Bestellers als seiner Leistung zu sprechen. Hinsichtlich des Werkes ist der Besteller Gläubiger, nicht Schuldner. Man kann also auf Grund des § 323 nur zu den angeführten unbilligen Ergebnissen gelangen. Diese unbilligen Ergebnisse werden aber beseitigt, wenn man sich der hier vertretenen Ansicht anschließt, daß in allen diesen Fällen ein Verzug des Gläubigers vorliegt. Denn dann helfen die besonderen Bestimmungen beim Dienst- und Werkvertrag.

a) Dienstvertrag.

§ 10.

Was zunächst den Dienstvertrag anbetrifft, so kommt hier § 615 BGB. in Betracht. Dieser lautet: „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt".

Dieser Paragraph spricht von den Folgen, die der Annahmeverzug auf die Vergütung des Arbeiters hat, nicht von den Voraussetzungen des Annahmeverzuges, also auch nicht davon, ob eine objektiv mögliche Leistung vorliegen muß.

Letztere Frage muß aus den allgemeinen Bestimmungen über den Annahmeverzug beantwortet werden, und dabei haben wir uns für die Ansicht entschieden, daß Möglichkeit der Leistung keine Voraussetzung für das Vorhandensein des Gläubigerverzuges ist.

Bei der Beratung des jetzigen § 616 findet sich im Protokoll Nr. 122[103] eine Differenz bezüglich der Frage, ob § 615 auch bei einer unmöglichen Leistung Anwendung findet.

Ein Teil nahm an: wenn die Sache, auf welche sich die Dienste nach dem Vertrage beziehen, von einem Zufall, der die Leistung der Dienste unmöglich mache, getroffen würde, wenn also z. B. die Fabrik durch Brand zerstört oder durch Überschwemmung außer Betrieb gesetzt wird, so liege nicht Annahmeverzug, sondern Unmöglichkeit der Leistung vor; dabei berief man sich auf das Reichsgericht[104] und Mommsen.[105] Diese Seite wünschte deshalb, es möge im Gesetz ausdrücklich festgelegt werden, daß auch für solche Fälle stets der Lohn zu zahlen sei. Eine Bestimmung hierüber wurde jedoch abgelehnt, und zwar aus zwei sich durchaus widersprechenden Gründen. Ein Kommissionsmitglied nahm an, es liege in solchen Fällen allerdings kein Annahmeverzug vor, es sei aber auch gerechtfertigt, daß dann Lohn nicht gezahlt würde. Der, wie es scheint, überwiegend größere Teil der Kom-

---

[103] vgl. Prot. S. 281.

[104] RG. Bd. 3 Nr. 51.

[105] Mommsen, Beiträge Bd. 1 S. 362.

mission lehnte den Antrag aus einem anderen Grunde ab. Dieser Teil nahm nämlich — entsprechend der von uns vertretenen Auffassung — an: In einem solchen Falle wie dem des Abbrennens der Fabrik liege Annahmeverzug des Arbeitgebers vor. „Die Verpflichtung des Arbeiters beschränke sich darauf, seine körperliche oder geistige Arbeitskraft in dem vertragsmäßigen Umfang im Interesse des Arbeitgebers zu verwenden. Beziehe sich der Arbeitsvertrag auf Arbeiten, welche in einer gewissen Behandlung oder Bearbeitung einer vom Dienstgeber zu diesem Zwecke zur Verfügung gestellten Sache bestehen, so liege ein Fall vor, in dem die Leistung erst beginnen könne, wenn der Gläubiger vorher eine Handlung, nämlich die Bereitstellung der Sache, vorgenommen habe. Der Arbeitgeber komme also in Annahmeverzug, wenn der Arbeiter sich zur Leistung der Dienste erbiete und persönlich dazu imstande sei, die Sache ihm aber von dem Arbeitgeber nicht bereitgestellt werde. Hiernach könne z. B. der Arbeiter, welcher infolge Störung des Fabrikbetriebes verhindert sei, zu arbeiten, für die ganze Zeit der Störung, sofern das Dienstverhältnis während derselben fortbestehe, Lohn verlangen. Dies entspreche auch allein der Billigkeit".

Der Antrag, in solchen Fällen nur so weit, als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit vorliege, in der die Behinderung eintritt, Vergütung zu gewähren, sei ein unbilliger. Der Antrag wurde daraufhin abgelehnt.

Hieraus ist zu ersehen, daß zwei verschiedene Gründe

zur Ablehnung geführt haben, und daß von der einen Seite versucht wurde, den Annahmeverzug für solche Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, als nicht vorhanden anzusehen. Aber diese letztere prinzipielle Frage gehört m. E. nicht in die Betrachtung des Dienstvertrages; über sie muß man sich klar sein, bevor man in die Lehre vom Dienstvertrag eintritt, auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug. Da wir die Möglichkeit der Leistung als Voraussetzung für den Gläubigerverzug fallen gelassen haben, sind wir auch berechtigt, § 615 trotz Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden.[106]

Kohler,[107] der ebenfalls Gläubigerverzug bei Unmöglichkeit der Leistung annimmt, will dem Schuldner durch § 324 Abs. 1 BGB. helfen. Er behauptet nämlich, wenn wegen Gläubigerverzugs die Leistung unmöglich werde, so stehe dies einer Verhinderung der Leistung im Sinne des § 324 gleich. Dies ist aber offenbar unrichtig. Denn § 324 spricht nur von der Leistung, die infolge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Wenn aber die Fabrik durch einen Blitz abbrennt oder der Schüler während des Unterrichtes stirbt, so kommen zwar, wie wir gesehen haben, Fabrikherr und Vater bezw. Erben des Schülers in Gläubigerverzug, trotzdem aber haben sie nicht die Unmöglichkeit der Leistung

---

[106] vgl. Fischer-Henle 1909 zu § 615 Anm. 1.

[107] Kohler Bd. 3 S. 201.

durch einen von ihnen zu vertretenden Umstand herbeigeführt.

Zwar ist bestritten, was eigentlich unter der Vertretungspflicht des Gläubigers im Sinne des § 324 BGB. zu verstehen sei.

Die eine Ansicht geht dahin, daß hier die allgemeinen Bestimmungen über die Vertretungspflicht (§ 276 BGB.) nicht zur Anwendung kommen. Denn im § 276 bestimme das Gesetz nur, inwieweit der Schuldner die Leistung zu vertreten habe, enthalte dagegen keine entsprechende Vorschrift für den Gläubiger. Dieser sei in seinem Verhältnis zum Schuldner zu nichts verpflichtet, er stehe in seiner bloßen Eigenschaft als Gläubiger für die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung nicht ein. Diese Auffassung vertreten z. B. Planck,[108] Krahmer[109] und Kisch.[110]

Die andere Ansicht, welche z. B. Oertmann,[111] Rehbein,[112] Kleineidam,[113] vor allem aber Staub[114] vertreten, geht dahin, daß § 276 bei der Beurteilung der

---

[108] Planck a. a. O. Anm. 1a zu § 324.

[109] Krahmer a. a. O. S. 46.

[110] Kisch, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 72f.

[111] Oertmann, Komm. zu § 324 Anm. 1a.

[112] Rehbein, BGB. 1903 Bd. 2 S. 187.

[113] Kleineidam a. a. O. S. 140.

[114] Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in der Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag (Berlin 1902) S. 33.

Frage, von wem die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten sei, in gleicher Weise für den Gläubiger und Schuldner zugrunde zu legen sei, da § 276 eine allgemeine Vorschrift über das, was jemand zu vertreten hat, enthalte, eine „Definition der zivilrechtlichen Schuld“[115] sei.

Man mag sich aber nun der einen oder anderen Ansicht anschließen — ich halte die letztere für die richtige —, in keinem Falle kommt man dazu, das Abbrennen der Fabrik, den Tod des Schülers als einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand anzusehen. Bei der letzteren Ansicht ist dies ohne weiteres klar, aber auch nach der ersteren Ansicht ist das Ergebnis dasselbe. Denn danach würde eine Verantwortlichkeit des Gläubigers für die Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung „nur nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen oder nach den für das betreffende Schuldverhältnis geltenden besonderen Bestimmungen begründet werden“.[116] Der vom Gläubiger zu vertretende Umstand kann nur „außerkontraktliches Verschulden oder kontraktwidriges Verhalten des Gläubigers sein“.[117] Immer müßte dann eine verschuldete Verletzung seiner Vertragspflichten eintreten.

„Es genügt nicht die einfache Tatsache, daß der Unfall sich in dem Wirkungsbereich der Sphäre des einen oder anderen ereignete.“[118]

---

[115] Staub a. a. O.

[116] Planck a. a. O.

[117] Schollmeyer a. a. O. zu § 324 Anm. 1.

[118] Oertmann, Komm. a. a. O. zu § 324 Anm. 1.

Nach alledem ist § 324 nicht geeignet, dem Arbeiter bei zufälligem Untergang der Fabrik die Vergütung zu erhalten, wie Kohler annimmt. Auch der Versuch Kohlers,[119] den er an anderer Stelle unternimmt, mit Hilfe des § 616 BGB. dem Arbeiter eine Vergütung zu gewähren, schlägt fehl.

Kohler sagt: „In diesem Falle wird man, auch wenn noch gar nicht geleistet ist, nicht etwa die Person ohne Vergütung lassen; hiergegen spräche die Ähnlichkeit des § 616; denn da ein Arbeiter selbst dann, wenn er durch eigene persönliche Hemmnisse verhindert ist, eine Zeitlang auf die Vergütung Anspruch hat, so noch mehr in derartigen Fällen. Man wird ihm also eine angemessene Vergütung gewähren müssen; im übrigen ist das Verhältnis gelöst, und von einem Anspruch auf eine volle Vergütung kann keine Rede sein“.

Zunächst muß hervorgehoben werden, daß dies ein Widerspruch ist mit der schon erwähnten und widerlegten Auffassung Kohlers von der Anwendbarkeit des § 324. Denn nach § 324 würde ja der Arbeiter gerade die volle Vergütung erhalten (mit Abzug dessen, was er erspart usw.), nunmehr aber soll „von einer vollen Vergütung keine Rede sein“. Aber auch abgesehen davon — § 616 kann für den Fall, daß die Fabrik des Arbeitsherrn abbrennt, gar nicht in Betracht kommen —, hier a maiore ad minus zu schließen, wie Kohler will, ist nicht an-

---

[119] Kohler Bd. 3 S. 349.

gängig. Denn der § 616 enthält eine Sonderbestimmung zugunsten des Arbeiters, die nicht ausdehnend interpretiert werden darf; er „beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität“.[120] Er kommt z. B. zur Anwendung, wenn der Arbeiter auf kurze Zeit zum Militärdienst eingezogen oder zu einem gerichtlichen Termine geladen wird.

Auf unsere Fälle paßt er ganz und gar nicht. Weder handelt es sich bei dem Brande der Fabrik um einen in der Person des Arbeiters liegenden Grund noch um eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. § 616 kann demnach nicht in Frage kommen. Die einzige Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die, vorausgesetzt, daß man, wie auch Kohler, Gläubigerverzug annimmt, Anwendung finden kann, ist § 615, und gerade diese wendet Kohler niemals an.[121]

§ 615 paßt aber auch für alle unsere Fälle ohne Einschränkung, da er ja als Voraussetzung für seine Anwendung nur den Gläubigerverzug verlangt. Demnach erhalten der Arbeiter, der Lehrer, der Bergführer die vereinbarte Vergütung, sie müssen sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was sie infolge des Unterbleibens der Dienstleistung ersparten oder durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen.

---

[120] Mot. S. 464.

[121] vgl. auch Kohler Bd. 2 S. 253ff.

Dies ist ein Ergebnis, welches durchaus der Billigkeit entspricht. Hiermit ist in erster Reihe auf den wirtschaftlich Schwächeren Rücksicht genommen, der in keinem Falle durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung einen Schaden erleiden soll; aber auch der wirtschaftlich Stärkere ist nur insoweit belastet, als es im Interesse des ersteren erforderlich ist. Sucht sich der Arbeiter vorsätzlich keine andere Stellung, in der Absicht, den Arbeitsherrn zu schädigen, oder doch in der Absicht, sich die Möglichkeit, untätig zu bleiben, in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zunutze zu machen, so erhält er keine Vergütung. Ebenso hat der Arbeitsherr nichts zu zahlen, wenn der Arbeiter sofort eine neue Stellung mit gleichhohem Lohne findet. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat hier mit großem Geschick zwischen den entgegenstehenden Interessen vermittelt, in erster Linie aber mit vollem Recht die Interessen des Arbeiters berücksichtigt. Zu diesem erfreulichen Ergebnis aber kommt man nur, wenn man Annahmeverzug des Arbeitgebers annimmt.[122] In den Fällen, in denen die Leistungssituation nicht durch den Besteller herbeizuführen war und wir daher keinen Gläubigerverzug annahmen, wird man trotzdem zu einer Vergütung des Arbeiters gelangen. Wenn eine Zeitung

---

[122] Schon die Römer meinten, daß bei den die mora betreffenden Fragen die Billigkeit herrschen solle. So schreibt Paulus (l. 91 § 3 D. 45, 1), daß Celsus sich folgendermaßen über die mora geäußert habe: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae, perniciose, inquit, erratur.

einen Schlachtenberichterstatter auf den Kriegsschauplatz entsendet und vorher Friede geschlossen wird, oder eine Belohnung für ein Rettungswerk ausgesetzt ist und der Gerettete in den Armen des Retters stirbt, wird nach dem Inhalt des Vertrages, also nach dem erklärten oder durch Auslegung gefundenen Willen der Vertragsparteien, angenommen werden müssen, daß der Besteller unmittelbar, ohne daß Annahmeverzug begründet sein müsse, die Gefahr übernehme; sein Interesse an der Leistung erfordert von ihm die Gefahrübernahme. So für das letztere Beispiel die Entscheidung in der Hanseatischen Gerichtszeitung.[123]

b) Werkvertrag.

§ 11.

Nicht ganz so günstig wie beim Dienstvertrag ist der Unternehmer beim Werkvertrag gestellt. Diese ungleiche Behandlung ist aber in der Verschiedenheit des Dienst- und Werkvertrages wohl begründet.

Der Dienstvertrag hat, wie die Motive[124] sagen, „regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft", d. h. die Arbeit ist eine durch die Arbeitszeit genau fixierte, während beim Werkvertrag dies nicht der Fall ist. „Beim Dienstvertrag handelt es sich um die Verwendung der regelmäßig sich entladenden Arbeitskraft, beim Werkvertrag

---

[123] Bd. 7 Hauptbl. Nr. 121 S. 139.

[124] Mot. Bd. 2 S. 461.

aber um ein Werk, zu dessen Vollbringung der Arbeiter seine Kraft zusammenraffen muß. Hier hat eine Verspätung des Bestellers in seiner Annahmetätigkeit nicht dieselbe Bedeutung wie bei regelmäßiger Auflösung der Arbeitskraft."[125]

Auch „wegen der Unteilbarkeit des Werkes ist der Werkvertrag ganz anders geartet wie der Dienstvertrag".[126] Dies meint wohl auch Leonhard,[127] wenn er den Unterschied zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag darin sieht, daß bei jenem ein einziger Enderfolg, bei diesem eine Reihe gleichartiger Arbeitserfolge bezahlt wird. Zum Begriff des Werkvertrages gehört aber auch die Tragung der Gefahr.[128] Die §§ 644 u. 646, in denen die Gefahrtragung geregelt wird, sind nur eine nähere Ausführung der Definition des § 631, bei welchem in dem Worte „Erfolg" schon auf die Gefahrtragung hingewiesen wird. Dieses Moment der Gefahrtragung fehlt beim Dienstvertrage vollkommen.

Nach alledem ist beim Werkvertrage der Unternehmer aus der Natur des Werkvertrages heraus ungünstiger gestellt als beim Dienstvertrage. Dies zeigt sich auch aus der Bestimmung des für unsere Frage in Betracht kommenden § 642, der beim Dienstvertrage dem § 615 entspricht, aber ihm doch nicht völlig gleicht.

---

[125] Kohler Bd. 2 S. 252.

[126] Mot. Bd. 2 S. 495.

[127] Bei Eck, Vorträge Bd. 1 S. 510 Anm. 1.

[128] vgl. Rümelin a. a. O. S. 23 ff.

§ 642 lautet:

„Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft verwenden kann".

Die Abweichungen von § 615 liegen darin, daß sich § 642 nicht auf jeden Annahmeverzug des Bestellers, sondern nur auf den Verzug bezieht, der sich aus dem Unterlassen einer zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung ergibt, ferner daß der Unternehmer nicht wie beim Dienstvertrag die vereinbarte, sondern nur eine angemessene, d. h. dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Entschädigung verlangen kann,[129] und endlich ist auch bezüglich des Abzugsrechtes des Arbeitgebers ein Unterschied gemacht. Der Unternehmer muß sich nämlich nicht nur dasjenige anrechnen lassen, was er zu erwerben böswillig unterläßt, sondern auch das, was er überhaupt nach Lage der objektiven Verhältnisse erwerben konnte. Kohler[130] will hierin keinen Unterschied sehen, aber damit setzt er sich über das Gesetz hinweg.

[129] vgl. Crome, Lehrb. § 266 Ziff. 4.

[130] Kohler Bd. 3 S. 372 Anm. 11.

Was nun den § 642 im allgemeinen betrifft, so muß zunächst wie bei § 615 hervorgehoben werden, daß § 642 über die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nichts enthält, also auch nichts über die Frage, ob Leistungsmöglichkeit ein Erfordernis für den Verzug ist.

Aus den Motiven zum 1. Entw.[131] geht allerdings hervor, daß § 642 die Fälle der objektiven Unmöglichkeit der Leistung nicht hat treffen wollen. Es heißt dort: „Auch in Ansehung des Falles, wenn wegen eines in der Person des Bestellers eingetretenen Zufalles die Ausführung des Werkes objektiv unmöglich geworden ist, läßt es der Entwurf bei den allgemeinen Grundsätzen bewenden, welche dahin führen, daß der Übernehmer in solchem Falle kein Recht auf die Gegenleistung hat".

Diese Worte der Motive können uns aber in unserer Ansicht durchaus nicht beirren.

Denn wie wir gesehen haben, war bei der Beratung des § 616 in der zweiten Kommission eine Einigung bezüglich genau derselben Frage, ob nämlich bei Unmöglichkeit der Leistung ein Gläubigerverzug vorliegen könne, nicht zu erzielen; man ließ diese Frage offen. Unter diesen Umständen können aber die Motive zum ersten Entwurf hinsichtlich derselben Frage nicht von maßgebender Bedeutung sein. Dazu kommt, daß die Motive zu § 642 bedenklich erscheinen. Sie wollen nämlich bei subjektiver Unmöglichkeit des Bestellers zur Mitwirkung den § 642 Anwendung

---

[131] Mot. S. 495.

finden lassen. Aber dann liegt ja (vgl. oben § 8) ebenfalls eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vor; ein Unterschied kann hier nicht gemacht werden. Richtig ist, wenn die Motive sagen, daß „nach den allgemeinen Bestimmungen über die objektive Unmöglichkeit der Leistung die durch einen Zufall in der Person des Bestellers herbeigeführte objektive Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes die Eigenschaft der objektiven Unmöglichkeit dadurch nicht verliere, daß der Zufall zunächst die Person des Bestellers betroffen hat“.[132]

Unzutreffend aber ist es, wenn sie sagen, daß deshalb „der Übernehmer in solchem Fall kein Recht auf die Gegenleistung hat“. Hier sprechen nicht mehr die „Motive“ in technischem Sinne zu uns, d. h. die Beweggründe, aus denen heraus eine Gesetzesbestimmung entstanden ist, sondern hier nehmen die Motive den Charakter eines Kommentars an, und Kommentare können irren.

Freilich würde der Unternehmer nach den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung (§ 323) nichts erhalten, aber die allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug heben dieses Ergebnis wieder auf, denn aus diesen erhellt, daß Gläubigerverzug auch bei Unmöglichkeit der Leistung vorliegen kann und demgemäß § 642 auch bei Unmöglichkeit der Leistung Anwendung finden kann.

---

[132] Crome (Partiarische Rechtsgeschäfte S. 316) bezeichnet diese „Verteidigung“ der Motive als „so ungeschickt wie möglich“.

Wir tragen daher kein Bedenken, § 642 auf alle unsere Fälle anzuwenden.

Der Küfer, der den Wein nicht abziehen kann, weil die Fässer ausgelaufen oder gestohlen sind, der Maler, der nicht weitermalen kann, weil der Besteller während des Porträtierens stirbt oder weil die Mauer eingestürzt ist, an der das Fresko anzubringen, der Arzt, der den Heilschnitt nicht vornehmen kann, weil der Kranke unfähig ist, ihn zu ertragen, sie alle werden bezüglich ihrer Vergütung nach § 642 beurteilt.

Bedenken könnte höchstens noch die Frage erwecken, ob in allen diesen Fällen der Verzug durch das Unterlassen einer zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlung des Bestellers eingetreten ist. Dies muß bejaht werden; denn der Begriff der Handlung ist in allerweitestem Sinne zu verstehen. Es ist nicht gerade eine Handlung erforderlich;[133] es kann vielmehr auch nur ein entsprechendes Verhalten des Gläubigers Vorbedingung der Leistung sein; der Gläubiger braucht nur aktiv oder passiv bei der Herstellung mitzuwirken. Man darf daher hier Handlung und Mitwirkung für gleichbedeutend ansehen.

Die Handlung des Weinhändlers ist das Gewähren der Fässer, die Handlung des Bestellers eines Freskos das Gewähren der Mauer, die Handlung des Bestellers

---

[133] Planck a. a. O. zu § 642 Anm. 1a; Oertmann a. a. O. zu § 295 Anm. 1b.

eines Porträts das Gewähren der eigenen Persönlichkeit, die Handlung des Patienten das Gewähren des Körpers. Es steht kein Hindernis mehr entgegen, § 642 anzuwenden.

Kohler,[134] der ebenfalls in allen diesen Fällen Gläubigerverzug annimmt, will diese Fälle mit § 645 lösen. Er führt folgende Beispiele an: Es soll ein Heilschnitt an einem Kranken gemacht werden, und der Kranke ist körperlich unfähig, ihn zu ertragen, oder der vom Alpenführer begleitete Bergsteiger ist unfähig, weiter zu gehen. In allen diesen Fällen „erhält der Unternehmer eine dem bisher Geleisteten entsprechende Vergütung nebst Ersatz der Auslagen, soweit sie nicht in der Vergütung gedeckt sind" (§ 645).

Aber wie kann man denn hier von einem Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes oder einer vom Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung reden? Der Körper des Kranken ist kein Stoff — denn unter Stoffen kann man nur Sachen, bewegliche und unbewegliche, verstehen[135] —, auch von einer Anweisung kann keine Rede sein. Kohler[136] wendet auch in den von uns angeführten, von Kohler entlehnten Fällen (Küfer, Maler usw.) § 645 an. Aber diese Bestimmung trifft nicht zu.

---

[134] Kohler Bd. 3 S. 373.

[135] vgl. Planck a. a. O. zu § 645 Anm. 2.

[136] Kohler Bd. 2 S. 259.

Man könnte z. B. in dem Falle, daß das Gebäude, an dem der Maler ein Fresko anbringen soll, durch Erdbeben einstürzt, auch nicht von einem Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes sprechen. Denn ein Mangel kann nur in dem Vorhandensein einer fehlerhaften Eigenschaft, d. h. einer vom Normalzustand nachteilig abweichenden Beschaffenheit, oder in dem Fehlen vorausgesetzter besonderer Eigenschaften bestehen; beides liegt hier nicht vor. Die einzige Bestimmung, die in allen Fällen Anwendung finden kann, ist § 642, und gerade diese wendet Kohler[137] niemals an.

Die ganze Regelung der Fälle für den Annahmeverzug beim Dienst- und Werkvertrag, wie sie Kohler[138] als Dogma aufstellt, findet im Gesetze keine Stütze. Er sagt: „Die richtige Unterscheidung lautet nach dem Obigen: Wo immer die Nichterfüllung bloß im Annahmeverzug begründet ist, hat der Werkleister das ganze Honorar zu begehren, wo kein Annahmeverzug vorliegt, hat er nichts zu begehren, wo aber sowohl Annahmeverzug als Leistungsunmöglichkeit vorliegt, hat er nach Maßgabe des Geleisteten zu begehren".

Kohler fährt fort: „Dieser Satz gibt die Entscheidung für allen und jeden Fall; er gilt auch im Bürgerlichen Gesetzbuch".

Keines dieser Worte findet im Gesetze eine Stütze. Aus dem Gesetz rechtfertigen läßt sich vielmehr nur die

---

137 Kohler Bd. 2 S. 253 ff.

138 Kohler Bd. 2 S. 261.

Ansicht, daß „wo immer die Nichterfüllung im Annahmeverzug begründet ist“, der Werkmeister nach § 642 Vergütung erhält (beim Dienstvertrag nach § 615), „wo aber sowohl Annahmeverzug als Leistungsunmöglichkeit vorliegt“, der Werkmeister ebenfalls nach § 642 Vergütung erhält (beim Dienstvertrag ebenfalls nach § 615).

Kohler sagt in seinem Vorwort zum Lehrbuch des bürgerlichen Rechts S. VIII: „Seit 30 Jahren habe ich genügend die Erfahrung gemacht, wie jede enge Wort- und Buchstabenauslegung vor dem Lichte der Entwicklung wie Spreu zerstiebt“. In diesen Worten drückt sich eine hohe Auffassung von dem Geiste des Gesetzes aus, eine Auffassung, die auch gerade im Gesetze (§§ 133, 157, 242) ihre Billigung findet. Hier aber setzt sich Kohler über das Gesetz hinweg.[139])

Man muß Kohler das Verdienst zuschreiben, daß er die Lehre vom Annahmeverzug neu aufgebaut habe; insbesondere bezüglich der hier zu behandelnden Frage war er der erste, der die Möglichkeit der Leistung als Voraussetzung für den Gläubigerverzug — mit vollem Rechte — fallen gelassen hat. Aber die Konsequenzen, die Kohler aus diesem Grundsatze zieht, lassen sich mit unserem Gesetze nicht vereinigen.

Wenn der Besteller die Unmöglichkeit der Leistung schuldhaft herbeiführt, also z. B. das Faß Wein fahrlässig auslaufen läßt, dann käme man, auch ohne daß man

---

[139] Kohler Bd. 2 S. 149.

Annahmeverzug annähme, schon auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 324 zu dem Ergebnis, daß der Unternehmer Anspruch auf die Vergütung hat. Diese Bestimmung wird in § 645 Abs. 2 unberührt gelassen.

In den Fällen, in denen der Zufall außerhalb der Person des Bestellers eintritt, wenn also z. B. das Bild des Malers, sei es, daß es im Hause des Bestellers oder im Atelier des Malers gemalt wird, untergeht, nahmen wir keinen Annahmeverzug an. In diesen Fällen trägt nach § 644 Abs. 1 Satz 1 der Unternehmer die Gefahr; er hat für den zufälligen Untergang des Werkes vor der Abnahme den Schaden auf sich zu nehmen und hat keinen Anspruch auf Vergütung.

In den § 644 muß nämlich auch der Fall einbezogen werden, daß die Gefahr an einem noch nicht vollendeten, aber teilweise hergestellten Werk eintritt.[140] Im § 644 findet sich zwar kein Hinweis auf einen solchen Fall; er ergibt sich aber aus der Verweisung auf §§ 644, 645, die sich im § 646 findet.

Selbst wenn wir aber in diesen Fällen Annahmeverzug angenommen hätten, kämen wir zu keinem anderen Resultat, denn § 642 wäre unanwendbar, da niemals durch das Unterlassen einer Handlung der Verzug eingetreten wäre; auch § 644 Abs. 1 Satz 2 würde nicht helfen. Denn diese Vorschrift setzt voraus, daß ein Annahmeverzug bereits besteht, bevor die Leistung unmöglich

---

[140] vgl. Staudinger a. a. O. zu § 644 Anm. II, 1.

wird, wobei z. B. an den Fall zu denken ist, daß der Besteller nicht rechtzeitig zur Anprobe kommt, dadurch in Verzug gerät und der Anzug zufällig verbrennt.

Diese Erwägungen beweisen zugleich, daß die Grenze für die Fälle, in denen trotz Unmöglichkeit der Leistung Annahmeverzug vorliegt, richtig gezogen ist. In den Fällen, in denen wir Annahmeverzug angenommen haben, kommen wir auf Grund des Gesetzes zu einem für die arbeitenden Klassen günstigen Ergebnis; in den Fällen, in denen wir Annahmeverzug nicht angenommen haben, würden wir auch zu keinem anderen Ergebnis kommen, wenn Annahmeverzug angenommen würde.

Schulz[141] will dann, wenn der Maler im Hause des Bestellers das Bild anfertigt, dem Maler den Verdienst dadurch retten, daß er § 645 anwendet, da in diesem Falle „meist" eine Anwendung im Sinne des § 645 vorliege. Hier erscheint aber die Anwendung des § 645 sehr bedenklich. Man kann in diesen durchaus normalen Fällen nicht sagen, daß das Werk „infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen ist". Nur in Ausnahmefällen wird man § 645 anwenden können, so z. B., wenn der Besteller vom Maler verlangt, en plein air auf einer Wiese porträtiert zu werden, und ein daherkommender Ochse die Leinwand auf die Hörner nimmt.[142] Aber in

---

[141] a. a. O. S. 38.

[142] vgl. Crome Bd. 2,2 § 268 Anm. 42.

den Regelfällen verbleibt es bei § 644, wonach der Maler keinen Anspruch auf Vergütung hat. Wenn Kohler[143] in diesen Fällen (scheinbar) Annahmeverzug annimmt und dem Maler (wie er deutlich sagt), eine Vergütung gewähren will, so setzt er sich über die Vorschrift des § 644 BGB. hinweg.

Dasselbe tun die Schriftsteller, die auf Grund der sogen. Sphärentheorie zu einem für den Unternehmer günstigen Ergebnis kommen wollen. Die Sphärentheorie wurde bereits von Jacubezky[144] angedeutet und hat dann in Strohal,[145] Oertmann[146] und Rümelin[147] Anhänger gefunden.

Die Sphärentheorie unterscheidet zwischen einer Sphäre des Bestellers und einer Sphäre des Unternehmers und verteilt die Gefahr auf Besteller und Unternehmer, je nachdem der Zufall in der einen oder der anderen Sphäre eintritt. Danach würde der Maler, der das Bild im Hause des Bestellers malt, bei Untergang des Bildes eine Vergütung erhalten, wenn er dagegen in seinem Atelier malt, die Vergütung verlieren. Aber abgesehen davon, daß die Sphärentheorie an großer Unbestimmtheit leidet, weil es häufig gar nicht feststellbar sein wird, ob der Zufall

---

143 Kohler Bd. 2 S. 260.

144 Jacubezky, Bem. z. Entw. des BGB., München 1892, S. 139.

145 Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 386.

146 Oertmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 481.

147 Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 98 f.

in die eine oder die andere Sphäre gehört — Oertmann führt eine dritte neutrale Sphäre ein —, die Hauptsache ist, daß die Sphärentheorie sich mit dem Gesetze nicht vereinigen läßt. Denn § 644 spricht allgemein davon, daß der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes trage, gleichgültig, wo das Werk untergegangen ist. Ein der Sphärentheorie entsprechender Antrag wurde in der 2. Kommission abgelehnt und ausdrücklich hervorgehoben, daß „es für die Wirkung des Zufalles keinen Unterschied machen könne, woher derselbe stamme".[148])

De lege lata ist die „theoretisch sehr gut klingende"[149] Sphärentheorie abzulehnen, de lege ferenda ist sie immerhin beachtenswert. Zwar dürfte es dem Juristen schwer fallen und als ein wenig oberflächlich erscheinen, den Ort des zufälligen Unterganges für die Vergütung entscheidend sein zu lassen und danach die „ungeheure soziale Frage der Behandlung des Arbeitslohnes"[150] — man denke an den Unterschied der Fabrik- und Hausindustrie — zu beurteilen, dem Laien aber wird vielleicht die Sphärentheorie als die natürlichste Verteilung der Gefahr erscheinen.

Die Angriffe, die Schulz[151] gegen die Sphärentheorie richtet, sind zum Teil unberechtigt. Wenn Schulz sagt: „Der Maler hat in dem Hause des Bestellers bereits sehr lange gearbeitet, aber seine Arbeit dauert

---

[148] Prot. Bd. 2 S. 2253.

[149] Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 319.

[150] Kohler Bd. 2 S. 260.

[151] a. a. O. S. 26.

lange, und ehe der Entwurf einen Wert erhält, hat der Maler vielleicht viel Mühe und Talent angewandt . . . Geht es denn an, ihn einfach leer ausgehen zu lassen, weil es ihm ohne seine Schuld unmöglich wurde, zu leisten", so ist dem entgegenzuhalten, daß ja in diesen Fällen gerade nach der Sphärentheorie der Maler eine Vergütung erhält, und ferner, daß Schulz[152] selbst, da er Annahmeverzug nicht annimmt, zu keinem anderen Ergebnis kommen würde (abgesehen von der bisweiligen Anwendung des § 645).[153] Nach unserem Gesetz hat der Maler, wie bereits hervorgehoben, in diesen Fällen keinen Anspruch auf Vergütung. Dagegen sind die Fälle, in denen wir Gläubigerverzug annahmen, wenn also z. B. der Besteller während des Porträtierens stirbt, nicht nach § 644 zu beurteilen, denn mit Recht wird in der Literatur angenommen, daß „es von vornherein erforderlich sei, von dem Herrschaftsgebiete der §§ 644, 645 den Fall auszuscheiden, wenn sich nach dem Vertragsabschluß, aber vor der Werkherstellung die Unmöglichkeit der Vornahme jener Handlungen ergibt, welche zur Werkleistung notwendig wären".[154]

In dieser Abgrenzung der Anwendungssphäre des § 644 sehen wir einen Beweis für die Richtigkeit unserer Abgrenzung des Gläubigerverzuges. In allen Fällen, in

[152] Schulz a. a. O. S. 35.

[153] a. a. O. S. 38.

[154] Staudinger a. a. O. zu § 644 Anm. II, 1; vgl. auch Oertmann, Komm. § 644 Anm. 1 a.

denen wir einen Gläubigerverzug trotz Unmöglichkeit der Leistung angenommen haben, wird einem praktischen Bedürfnis entsprochen, da wir dann auf Grund gesetzlicher Bestimmungen zu einem für die produktiven Stände günstigen Ergebnis gelangen.

Dies wird auch in der Literatur von den Schriftstellern, die auf dem Boden der herrschenden Theorie stehen, zugegeben.

So sagt Dochnal[155]: „Diese Regel (nämlich die Kohlersche) entspricht in hohem Grade der Billigkeit. Mit einer gewissen Scheu bekennen wir daher, daß wir sie nicht für mit dem Gesetze im Einklang stehend halten".

Titze[156] sagt: „Das (nämlich der Standpunkt der herrschenden Theorie) mag unter Umständen hart erscheinen, läßt sich aber de lege lata nicht ändern".

Und Oertmann, der bei § 293 behauptet hat, es widerspreche dem praktischen Bedürfnis, Annahmeverzug bei Unmöglichkeit der Leistung zuzulassen, nimmt diese Behauptung voll und ganz zurück, wenn er zu § 615 (Anm. 3a) sagt: „Der (nämlich der Standpunkt der herrschenden Meinung) bleibt zwar hinter dem gemeinen Recht zurück und ist für die arbeitenden Stände vielfach hart, ich sehe aber keinen Ausweg gegen diese Konsequenz" und ebenso zu § 644 (Anm. 3a): „Die Behauptung von Kohler ist sehr kühn und mit dem Wortlaut des Gesetzes leider nicht zu vereinen".

---

[155] a. a. O. S. 310.

[156] a. a. O. S. 26 Anm. 44.

Daß sie sich aber mit dem Wortlaut des Gesetzes sehr wohl vereinen läßt, glauben wir durch die bisherigen Ausführungen bewiesen zu haben.

4. Die herrschende Ansicht und ihre Widerlegung.

§ 12.

Für die Auffassung, daß Möglichkeit der Leistung unbedingte Voraussetzung für den Gläubigerverzug sei, wird vielfach eine Entscheidung des Reichsgerichts[157] herangezogen. Die Entscheidung — aus dem Jahre 1880 — ist für das Gebiet des gemeinen Rechts erlassen, nach welchem für den Gläubigerverzug der überwiegenden Auffassung zufolge ein Verschulden vorausgesetzt wurde; sie käme daher für unser heutiges Recht, in welchem das Verschulden beim Gläubigerverzug ausgeschaltet ist, nicht in Frage. Aber die Entscheidung erscheint auch sonst nicht geeignet, eine Stellungnahme zu der hier behandelten Frage zu rechtfertigen. Der Fall lag dort folgendermaßen: Ein Bauervogt wurde auf Herausgabe der sogen. Bauervogtdienstkoppel, d. h. der Nutznießung der zum Amte des Bauervogts gehörigen Dienstemolumente, verurteilt, weil das Amt des Bauervogts durch die Landgemeindeordnung von 1874 erloschen war. Diese Entscheidung des Reichsgerichts ist — auch von unserem Standpunkte — durchaus zu billigen. Von einem Annahmeverzug kann hier

[157] RG. Bd. 3 S. 179.

keine Rede sein, weil der Zufall außerhalb der Person des Dienstherrn — Aufheben eines Amtes durch das Gesetz — eingetreten ist. Der Fall liegt auch insofern anders als alle besprochenen, weil hier das Äquivalent für die Dienste bereits gegeben ist, bevor die Dienste geleistet werden. Es wäre unbillig, wenn der Bauervogt sein ganzes Leben lang die Nutzungen ziehen könnte, ohne dafür irgend etwas zu leisten. Dies wäre ein ganz anderes Ergebnis als das, zu dem wir gelangt sind, daß nämlich der Arbeiter Vergütung unter Anrechnung dessen erhalte, was er infolge anderweitiger Verwendung seiner Dienste erwirbt.

Das Reichsgericht sagt zwar in der Entscheidung am Schlusse: „Es genügt also nicht, daß der Vermieter persönlich fähig und bereit ist, die vermieteten Dienste zu leisten, sondern er muß auch objektiv imstande sein, sie zu leisten", aber daß es damit über den Rahmen dieser Entscheidung hinaus den allgemeinen Grundsatz aufstellen wollte, Gläubigerverzug sei bei Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen, ist nicht anzunehmen, zumal es das Wort Gläubigerverzug in der Entscheidung nicht ein einziges Mal gebraucht und von den zitierten gemeinrechtlichen Schriftstellern keiner einen derartigen Grundsatz aufgestellt hat.

Seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches aber hat das Reichsgericht noch nie zu unserer Frage prinzipiell Stellung zu nehmen Gelegenheit gehabt, es ist

daher nicht begründet, wenn Schulz[158] zur herrschenden Meinung „vor allem das Reichsgericht“ rechnet.

Von den Schriftstellern, die zur herrschenden Meinung gehören, führt Schulz[159] Rümelin, Oertmann, Dochnal, Titze und Kisch an.

Was zunächst Rümelin[160] betrifft, so nimmt dieser zu unserer Frage nicht grundsätzlich Stellung, was sich daraus erklärt, daß er mit seiner Sphärentheorie ohne Zuhilfenahme des Annahmeverzugs zu billigen Ergebnissen zu kommen glaubt. Er sagt: „Sollte es übrigens zulässig sein, hier (d. h. bei Unmöglichkeit der Leistung) mit Annahmeverzug zu operieren, so müßte das sowohl beim Dienst- als beim Werkvertrag geschehen“.

Also keine unbedingte Stellungnahme hinsichtlich unserer Frage.

Oertmann widerspricht sich, wie schon bei der Frage des praktischen Bedürfnisses (vgl. oben § 11), auch hier. Er spricht allerdings den Grundsatz aus, daß „der Annahmeverzug die Möglichkeit für Leistung zur begrifflichen Voraussetzung habe“,[161] nimmt dies aber sofort wieder zurück, wenn er fortfährt: „Genauer gesagt: die Möglichkeit dessen, was der Schuldner zur Leistung zu tun hat. Nimmt nun der Gläubiger die dazu nötige Mitwirkung nicht vor, so macht er die Leistung vielleicht

[158] a. a. O. S. 22.

[159] Schulz a. a. O. S. 8.

[160] a. a. O. S. 32.

[161] Oertmann, Komm. zu § 293 Anm. 3b.

gleichfalls unmöglich; aber hier ist es nicht eine bereits vorhandene Unmöglichkeit, was die Annahme hindert, sondern das Unterbleiben der Annahme, was die Möglichkeit erst in eine Unmöglichkeit umwandelt". Aber darum handelt es sich ja gerade, ob die Leistung objektiv möglich sein muß oder ob nur der Schuldner das seinerseits Erforderliche tun muß. Das ist ein Gegensatz! Oertmann verbindet diese beiden Gedanken mit „genauer gesagt", stellt sie also gleich. Zu dem Nichtvornehmen der Mitwirkung des Gläubigers im Sinne Oertmanns würde doch auch sicherlich der Tod der Schülers während des Unterrichts gehören, ein Fall, bei dem Oertmann aber kurz vorher im Widerspruch damit den Verzug geleugnet hat. Und wenn Oertmann sagt, Annahmeverzug liege vor, wenn der Gläubiger die Leistung unmöglich macht, so kann er doch nicht von einer begrifflichen Voraussetzung der Möglichkeit für den Annahmeverzug sprechen.

Die Stellung Oertmanns in unserer Frage ist nicht klar zu ersehen.

Dochnal[162] ist recht schwankend, wenn er sagt: „Mit einer gewissen Scheu bekennen wir deshalb, daß wir sie (nämlich die Regelung durch Kohler) nicht für mit dem Gesetze in Einklang stehend halten", da es im § 297 „ganz allgemein" heiße, daß der Schuldner zur Leistung imstande sein müsse.

---

[162] a. a. O. S. 310.

Offen bleibt dabei die Frage: Was heißt imstande sein?

Titze[163] will die Begriffe Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug scharf getrennt haben. Er sagt: „Nicht nur, daß Annahmeverzug des Gläubigers und Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners deshalb unvereinbare Gegensätze sind, weil die mora accipiendi die Möglichkeit der Leistung zur begrifflichen Voraussetzung hat, sondern es sind auch die Rechtsfolgen, die das Gesetzbuch an die beiden Tatbestände knüpft, gänzlich verschieden geartet.

Es ist darum undenkbar, daß auf der einen Seite Annahmeverzug des Gläubigers und gleichzeitig auf der anderen Seite Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners vorliegt".

Hier hat Titze dreimal denselben Gedanken, nur mit anderen Worten ausgesprochen. Seine Behauptung sagt dasselbe wie die erste Begründung und diese wieder dasselbe wie die Folgerung aus der Behauptung. Die zweite Begründung aber ist nicht stichhaltig. Denn wenn auch, was zugegeben wird, an die Tatbestände der Unmöglichkeit und des Annahmeverzuges verschiedene Rechtsfolgen geknüpft sind, so folgt daraus noch lange nicht, daß nicht derselbe Umstand eine Unmöglichkeit der Leistung und gleichzeitig einen Annahmeverzug herbeiführen kann. An anderer Stelle will Titze[164] folgender-

[163] a. a. O. S. 22.

[164] Titze in der Krit. VSchr. Bd. 45 S. 346.

maßen die beiden Begriffe trennen: Man müsse unterscheiden zwischen den Fällen, „wo die Erfüllung des Schuldverhältnisses unterbleibt infolge wirklicher Unmöglichkeit der Leistung, von denjenigen, wo der Schuldner an sich imstande wäre, zu leisten, der Gläubiger aber die seinerseits zur Erfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit notwendige Mitwirkung untersagt“.

Aber was bedeutet denn „wirkliche Unmöglichkeit“, was heißt, der Schuldner wäre „an sich“ imstande, zu leisten?

In all den Fällen, die Titze anführt, daß das Faß Wein, zu dessen Abziehen der Küfer bestellt ist, ausläuft, daß der Hauslehrer die übernommenen Privatstunden nicht erteilen kann, weil sein Schüler krank geworden ist, liegt sowohl „wirkliche Unmöglichkeit der Leistung“ vor als auch „wäre der Schuldner an sich imstande, zu leisten“, wenn nicht der Gläubiger die „zur Erfüllung der schuldnerischen Verbindlichkeit notwendige Mitwirkung“ versagen würde.

Titze will unter allen Umständen die beiden Begriffe Unmöglichkeit und Annahmeverzug scharf voneinander scheiden, selbst wenn er dabei, wie er selbst zugibt, auf Schwierigkeiten stößt, sowohl hinsichtlich der Scheidung selbst als auch bezüglich des unbilligen praktischen Ergebnisses. Aber diese scharfe Scheidung zwischen den beiden Begriffen ist eben im Gesetz durchaus nicht begründet.

Kisch[165] wird von Schulz[166] als ein Anhänger der herrschenden Meinung bezeichnet unter Berufung auf S. 80 Anm. 6, wo Kisch sagt, daß die Ansicht Kohlers, in Fällen, bei denen die Beteiligung des Gläubigers durch einen Zufall absolut unmöglich geworden sei, liege Annahmeverzug vor, dem Wesen des Verzuges widerspreche und mit dessen Wirkungen unverträglich sei. Demnach hat Schulz ein volles Recht, Kisch als Anhänger der herrschenden Meinung zu bezeichnen.

Aber sonderbar! Derselbe Kisch wird von anderer Seite[167] als ein Gegner der herrschenden Meinung, insbesondere Titzes, genannt. Auch dies mit vollem Recht! Als Beweis wird dieselbe Seite 80 (!) angeführt. An dieser Stelle sagt Kisch: „Ist dem Gläubiger die Handlung, sei es durch Zufall, sei es durch Verschulden, subjektiv unmöglich, so kann er auch dann in Verzug gesetzt werden, wenn die Erfüllung des Schuldners unmöglich geworden ist“. Und a. a. O. S. 77 sagt er: „Es ist zu unterscheiden, ob die Hindernisse in der Person des Gläubigers eine Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung herbeiführen oder nicht. In beiden Fällen kann für den Gläubiger der Annahmeverzug begründet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Leistung des Schuldners

---

[165] Kisch, Nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung.

[166] a. a. O. S. 8.

[167] vgl. Neumann, Jahrb. Bd. 2 Nr. 1 S. 203 und Schroeder a. a. O. S. 29.

durch ein beim Gläubiger zufällig eingetretenes subjektives Hindernis unmöglich gemacht worden ist“.

Und ausdrücklich als Gegner Titzes, also der herrschenden Meinung, tritt Kisch[168] in der Besprechung der Schrift von Titze auf, wo er sagt: „Unmöglichkeit und Annahmeverzug bilden nicht, wie nach Titze, einen völlig unvereinbaren Gegensatz“. Kisch nimmt vielmehr Unmöglichkeit und Annahmeverzug sowohl in dem Falle an, daß der Gläubiger das vom Küfer abzuziehende Faß fahrlässig auslaufen läßt, als auch in dem Falle, daß das Faß von den Erben des Eigentümers in entschuldbarer Unkenntnis des dem Küfer gegebenen Auftrages an einen Dritten verkauft wird. In letzterem Fall nimmt Kisch mit Recht gegen Titze — der zwar nicht, wie Kisch behauptet, genau denselben Fall, aber allerdings einen prinzipiell gleichliegenden Fall, nämlich den, daß das Faß von einem Dritten gestohlen wird, anführt — Unmöglichkeit der Leistung an, da das Faß nicht jedem beliebigen Dritten, sondern gerade dem Gläubiger abzuziehen war, diese Leistung aber unmöglich ist.

Wie lassen sich nun aber die beiden entgegengesetzten Ansichten Kischs, von denen die eine für, die andere gegen die herrschende Meinung so deutlich spricht, in Einklang bringen? Sie scheinen in der Tat einen „völlig unvereinbaren Gegensatz“ zu bilden.

Ich glaube aber doch, daß Kisch eine Unterscheidung

---

[168] Kisch in der Krit. VSchr. Bd. 44 S. 513.

hat treffen wollen, und zwar in folgender Weise: In dem Falle, daß das Faß aus Fahrlässigkeit des Gläubigers ausläuft, und in dem Falle, daß das Faß von einem Dritten gestohlen wird, liege Unmöglichkeit und Annahmeverzug vor (das sagt Kisch ja selber); dagegen liege nur Unmöglichkeit, nicht Annahmeverzug vor, wenn das Faß zufällig ausläuft (diesen Fall nennt Kisch nicht). Danach würden sich die beiden Begriffe nicht ausschließen: 1. wenn der Gläubiger schuldhaft die Leistung objektiv unmöglich macht, und 2. wenn zufällig die Leistung nur dem Gläubiger, nicht jedem Dritten gegenüber, unmöglich wird; dagegen würden sie sich ausschließen, 3. wenn die Leistung zufällig objektiv unmöglich wird.

Hat nun diese von Kisch gemachte Unterscheidung ihre Berechtigung? Sicherlich nicht! Denn Nr. 2 u. 3 unterscheiden sich nur durch die subjektive bezw. objektive Unmöglichkeit der Mitwirkung auf seiten des Gläubigers; in beiden Fällen aber liegt, wie Kisch selbst zugegeben hat, eine objektive Unmöglichkeit der Leistung vor, und Nr. 1 u. 3 unterscheiden sich nur durch das Moment des Verschuldens. Dieses ist aber für den Annahmeverzug belanglos und auszuschalten. Demnach liegen alle drei Fälle für unsere Frage gleich und sind nach denselben Gesichtspunkten zu beurteilen.

Titze[169] hat recht, wenn er Kisch vorhält, daß dieser sich „die Wesensverschiedenheit — von Titzes

---

[169] Titze in der Krit. VSchr. Bd. 45 S. 348.

Standpunkt aus — von Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug nicht klar vor Augen gestellt habe und in seinem Buche wiederholt die — nach unserer Ansicht richtige — Ansicht aufgetaucht sei, es könne „in einem und demselben sowohl Unmöglichkeit der Leistung als auch Annahmeverzug auf seiten des Gläubigers begründet sein".

Auch darauf macht Titze[170] mit Recht aufmerksam, daß Kisch[171] neuerdings gelegentlich einer Besprechung des Lehrbuchs von Enneccerus-Lehmann, „freilich in Widerspruch zu den im vorigen zitierten Stellen, die Unvereinbarkeit von Annahmeverzug auf der einen und Unmöglichkeit der Leistung auf der anderen Seite betont habe". Dort sagt nämlich Kisch: Man muß zwischen Unmöglichkeit der Annahme einerseits und der in der Person des Gläubigers begründeten Unmöglichkeit der Leistung andererseits unterscheiden. „Die erstere hindert selbstverständlich den Annahmeverzug in keiner Weise, da derselbe bekanntlich auch ohne Verschulden des Gläubigers — kurz vorher kannte das Kisch selber nicht — denkbar ist. Dagegen äußert die in der Sphäre der Berechtigten eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung die gleichen Wirkungen wie jede andere Unmöglichkeit, insbesondere schließt sie gemäß § 297 BGB. den Annahmeverzug aus. Unmöglichkeit der Annahme liegt z. B. vor, wenn der

---

170 Titze a. a. O. S. 348 Anm. 3.

171 Kisch in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 528/29.

Gläubiger, welcher bei der Abnahme des Werkes mitwirken soll, im Gefängnis sitzt, Unmöglichkeit der Erfüllung in der Person des Berechtigten, wenn ein zu massierender Kranker stirbt."

Danach scheint es, als ob Kisch nunmehr der herrschenden Meinung sich zugewendet habe.

Aber gerade in solch einem Falle wie dem, daß der Gläubiger im Gefängnis sitzt, hat ja Kisch mit Recht eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, da es darauf ankomme, daß der Unternehmer gerade dem Gläubiger, nicht jedem Dritten das Werk liefere. Danach würde doch wieder Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug gleichzeitig eintreten können. Also ein neuer Widerspruch!

Kisch kann bezüglich unserer Frage weder für noch gegen die herrschende Meinung herangezogen werden.

Prüfen wir noch die Kraft der Gründe anderer Schriftsteller, die zur herrschenden Meinung gezählt werden.

Planck kommentiert den § 297 in der 1. und 2. Auflage gar nicht, in der 3. Auflage (1907) in einer Weise, die mit unserer Frage nicht im Zusammenhange steht. Seine Bemerkungen zu §§ 295 Nr. 6 und 196 Nr. 1, die herangezogen werden, besagen nichts, da sie nur den Wortlaut des § 297 in etwas veränderter Fassung wiedergeben.

Man könnte sogar aus einer Bemerkung Plancks zu § 616 Nr. 5 den Schluß ziehen, daß er sich gegen die herrschende Meinung wende. Dort sagt er, daß durch

§ 615 diejenigen Fälle gedeckt werden, „in denen die Leistung der Dienste durch einen in der Person des Gläubigers liegenden Umstand verhindert werde“. Das wäre also z. B. das Abbrennen der Fabrik. Freilich nennt Planck im Gegensatz zu diesen Fällen diejenigen, „in denen die Dienste dadurch unmöglich wurden, daß die Sache, an der sie zu leisten sind, von einem Unfall betroffen wird, oder daß aus einem anderen von der Person des Gläubigers oder des Schuldners unabhängigen Grunde die Leistung der Dienste unmöglich wird“, und nennt als Beispiele für diese Fälle gerade das Abbrennen der Fabrik. Planck meint also, daß ein die Sache treffender Unfall niemals ein in der Person des Gläubigers liegender Umstand sei. Dies ist aber nicht richtig.

Man muß unterscheiden zwischen einem Zufall, der die Person des Gläubigers trifft, und einem Zufall, der in seinem Rechtskreise fremd ist. So auch die Motive.[172]

Jedenfalls ist eine Stellungnahme Plancks in unserer Frage nicht ersichtlich.

Wolffenstein[173] schließt sich unbedingt der Ansicht Dernburgs,[174] also der herrschenden Meinung, an, auf der folgenden Seite aber hält er die Meinung Kohlers für richtig, wonach Annahmeverzug vorliegt im Falle „der beiderseitigen Unmöglichkeit der Leistung“.[175] Also ein

---

[172] Mot. Bd. 2 S. 68.

[173] Wolffenstein a. a. O. S. 65.

[174] Dernburg Bd. 2 1899 S. 164.

[175] Wolffenstein a. a. O. S. 66.

offenbarer Widerspruch — abgesehen davon, daß man nicht von einer Unmöglichkeit der Leistung des Gläubigers sprechen darf.

Enneccerus[176] vertrat früher den Kohlerschen Standpunkt,[177] wenn er ausführte: „Der § 297 spricht nur von dem Falle, daß der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu machen, nicht von dem Falle, daß dem Gläubiger die Annahme der Leistung unmöglich ist, er z. B. durch Krankheit an der Annahme von für seine Person bestimmten Diensten gehindert ist. Im letzteren Falle kommt also der Gläubiger trotz der Unmöglichkeit der Annahme in Verzug". Neuerdings scheint Enneccerus[178] diesen Standpunkt verlassen zu haben. Denn er sagt: „Unmöglichkeit der Leistung schließt also den Annahmeverzug aus".

Warum Enneccerus seinen Standpunkt gewechselt hat, ist nicht ersichtlich.

Sigel[179] scheint der herrschenden Meinung anzugehören. Er sagt: „Wenn der Arbeitgeber nach § 616 die Gefahr in gewissem Umfange bei einem in der Person des Arbeiters eintretenden und von ihm nicht verschuldeten Hinderungsgrund tragen muß, so entspricht es doch ganz gewiß nicht bloß der Billigkeit, sondern auch der Logik, wenn man dem Arbeitgeber die Gefahr auch bei

176 Enneccerus-Lehmann 1901 S. 449 Anm. 2.

177 vgl. Dochnal a. a. O. S. 319.

178 Enneccerus 1908 S. 706 Anm. 1.

179 a. a. O. S. 54.

einem in seiner Person ohne das Verschulden einer Partei eintretenden Hinderungsgrund zuscheidet“.

Wir sind zu dieser „Zuscheidung“ mit Hilfe des Annahmeverzuges gekommen; Sigel will § 616 anwenden.

Daß diese Bestimmung aber keine Anwendung finden kann, ist bereits oben (§ 10) dargelegt worden. Sigel muß selbst zugeben, daß seine „Beweisführung anfechtbar“ sei; aber „mit unanfechtbaren Beweismitteln lasse sich keine Entscheidung der Frage begründen“. (?)

Früher wollte Sigel[180] sogar die Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Leistung weder in der Person des Gläubigers noch des Schuldners begründet sei, den in § 616 bezeichneten Fällen gleichstellen und dies ebenfalls aus § 616 ableiten (!), eine Ansicht, die er freilich jetzt aufgegeben hat.[181]

Über die in § 616 vorgesehene zeitliche Beschränkung aber setzt sich Sigel mit der sonderbaren Begründung hinweg, daß „ein zwingender Grund für die Festhaltung der zeitlichen Beschränkung nicht vorliege; denn der Gesetzgeber habe ja die Frage, welche Umstände der eine oder andere Teil zu vertreten habe, nicht direkt entschieden“. (!)

Ob Sigel, wenn er einsehen würde, daß § 616 durchaus ungeeignet ist, dem Arbeitgeber die Gefahr aufzubürden, Gläubigerverzug annehmen würde, um die durch die „Billigkeit“ und die „Logik“ begründete Gleich-

---

[180] vgl. Gewerbegericht 5. Jahrg. Außerord. Beiträge Nr. 1 S. 7.
[181] Sigel a. a. O. S. 56.

stellung mit den in § 616 hervorgehobenen Fällen zu erreichen? Vorläufig scheint er jedenfalls Annahmeverzug abzulehnen.

Lotmar[182] drückt sich nicht recht klar aus, wenn er bei Besprechung des Annahmeverzuges sagt: „überhaupt kann nicht von Nichtannahme die Rede sein, wo die Leistung auch abgesehen vom Gläubiger unterbleiben würde, weil sie unmöglich ist".

Was versteht Lotmar unter den Worten „abgesehen vom Gläubiger"? Meint er damit, daß Annahmeverzug nur bei der in der Person des Schuldners eintretenden Unmöglichkeit nicht vorliegt, wohl aber bei der Person des Gläubigers? Lotmar meint dies offenbar nicht; denn er führt für seine Ansicht Dernburg, gegen seine Ansicht Kohler an. Und doch will Lotmar einen Unterschied machen zwischen „einem Gebiet reiner Unmöglichkeit ohne Annahmeverzug" und „einem Gebiet des Zusammentreffens von Annahmeverzug und Unmöglichkeit, in dem der Arbeitgeber mit dem Willen der Ablehnung die angebotene Leistung unmöglich macht: qualifizierter Annahmeverzug". Also erkennt doch Lotmar im Prinzip ein gleichzeitiges Vorhandensein von Unmöglichkeit und Annahmeverzug an. Freilich legt er dabei auf ein Moment, „den Willen der Ablehnung" Gewicht, auf das nach Bürgerlichem Gesetzbuch kein Gewicht zu legen ist; denn zum Annahmeverzug genügt (vgl. oben § 2) die nackte Tatsache der Nichtannahme.

[182] a. a. O. S. 284.

Die Stellung Lotmars in unserer Frage ist im Gesetze nicht begründet.

Kober[183] behauptet, daß „Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug unvereinbare Gegensätze bilden", und doch bringt er den Fall, daß der Besteller eines Porträts, der dem Kunstmaler hätte sitzen sollen, stirbt, unter § 644, der Annahmeverzug voraussetzt.[184] In dem angeführten Beispiel liegt aber Unmöglichkeit der Leistung vor!

Martius[185] behauptet, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug schlössen einander aus; trotzdem kommt er aber zu dem von uns gewonnenen Ergebnis. Er nimmt nämlich in allen angeführten Fällen keine Unmöglichkeit der Leistung an: „die Annahmebereitschaft gehöre nicht zur Leistung, die der Schuldner bewirke," es „könne daher" die Unmöglichkeit der Annahmebereitschaft nicht die Leistung unmöglich machen.

Ersteres ist zweifellos richtig; aber die Folgerung, die Martius daraus zieht, ist — zumal in dieser Allgemeinheit — unverständlich.

Niemand wird behaupten, daß das Gewähren der Fabrik zur Leistung des Arbeiters gehöre, und trotzdem wird durch die Unmöglichkeit der Annahme der Dienste (wenn die Fabrik abbrennt), also „durch die Unmöglichkeit

---

[183] Bei Staudinger a. a. O. zu § 615 II d.

[184] a. a. O. zu § 644 II, 1 a.

[185] a. a. O. S. 47.

der Annahmebereitschaft" die Leistung des Arbeiters unmöglich.

Martius ist ein Anhänger der herrschenden Meinung nur deshalb, weil er sich über das Verhältnis von Unmöglichkeit der Annahme und Unmöglichkeit der Leistung nicht klar ist.

Koehne[186] sagt: Der Arbeitgeber kommt „natürlich" nur durch Verschulden in Annahmeverzug. „Hier gilt eben wie überall der Satz Dernburgs: Von einem Verzuge des Gläubigers ist nicht die Rede, wenn die Erfüllung unmöglich ist".

Aber abgesehen davon, daß das Verschulden als Erfordernis für den Gläubigerverzug ausscheidet (vgl. oben § 2), kann doch der Satz Dernburgs nicht als Begründung für Koehnes Behauptung angeführt werden. Denn Unmöglichkeit der Erfüllung des Schuldners liegt vor unabhängig von einem Verschulden auf seiten des Gläubigers.[187]

Crome wird als ein Anhänger der Kohlerschen Lehre bezeichnet.[188] In der Tat sagt er in seinem System des bürgerlichen Rechts: „Man sagt, daß Unmöglichkeit der Leistung den Verzug ausschließe. Doch ist dies nicht immer richtig". Und S. 149 sagt er: „Der Schuldner muß fähig sein oder, wie § 297 sich ausdrückt, imstande sein, zu leisten, was er selbstverständlich auch

---

[186] Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 29 S. 66.

[187] vgl. Dochnal a. a. O. S. 310.

[188] Crome Bd. 2, 1 S. 143 Anm. 16.

dann nicht ist, wenn die Leistung überhaupt unmöglich würde. Liegt der Hinderungsgrund dagegen ausschließlich am Gläubiger, während der Schuldner fortdauernd bereit und imstande ist, zu leisten, so darf die Frage nach der Möglichkeit der Leistung nicht aufgeworfen werden,[189] sondern der Nachteil fällt dem Gläubiger zur Last. Es liegt daher gleichfalls Annahmeverzug vor. Das wird durch § 297 bestätigt. Gleichzeitig schließt sich Crome ausdrücklich im Gegensatz zu Dernburg der Meinung von Enneccerus[190] und Kohler[191] an. Also zweifellos der Kohlersche Standpunkt.

Hören wir nun, was Crome in Bd. 2,2 S. 654 sagt: „Auf der anderen Seite gibt es auch Zufälle, welche die Möglichkeit der Dienstleistung überhaupt, d. h. in dem Sinne aufheben, daß auch der Dienstverpflichtete nicht mehr imstande ist, zu leisten. Annahmeverzug liegt hier nicht vor. Kohler,[192] der dies leugnet, setzt sich damit in Widerspruch mit dem Gesetze und seine Ansicht ist vereinzelt geblieben". (!!)

Nach solchem Widerspruche kann Crome weder als Anhänger noch als Gegner der herrschenden Meinung angesehen werden.

---

[189] Die Frage nach der Möglichkeit der Leistung muß aufgeworfen werden. Erst nach ihrer Beantwortung kann man zu dem vorliegenden Streite Stellung nehmen.

[190] bei Enneccerus-Lehmann.

[191] Arch. Bd. 13 S. 258.

[192] Arch. Bd. 13 S. 258.

Bei diesem Stande der herrschenden Meinung ist es berechtigt zu erklären, daß sie voller Unklarheiten und Widersprüche ist und deshalb nicht überzeugen kann. Mehr oder weniger neigen sich doch alle Schriftsteller, wenn auch unbewußt, dem Kohlerschen, auch hier vertretenen Standpunkt zu.

Dernburg[193] hat den Grundsatz aufgestellt, daß „von einem Verzug nicht die Rede sein könne, wenn die Erfüllung unmöglich sei. Dies selbst dann, wenn die Unmöglichkeit in Ereignissen beruht, welche die Person des Bestellers betreffen". Dieser Grundsatz ist dann allgemein zum Lehrsatz erhoben worden; eine Berechtigung aber ist ihm nicht beizumessen.

Übrigens scheint auch Dernburg[194] bei der Besprechung der Lehre vom Dienstvertrag an seiner Ansicht nicht mehr so festzuhalten wie früher. Er bedauert, daß die Frage in der zweiten Kommission offen gelassen wurde, und sagt: „Kann aber eine Leistung, wie dies §§ 293 u. 294 zum Verzuge des Gläubigers fordern, angeboten werden, wenn sie objektiv unmöglich ist? Dies scheint uns untunlich".

Dernburg bleibt also zwar auf seinem Standpunkt stehen, aber doch nicht mehr mit der früheren Bestimmtheit.

---

193 Dernburg Bd. 2, 1 1899 S. 164.

194 Dernburg Bd. 2, 2 § 305 II, 1 b.

Jedenfalls können uns die Unklarheiten der herrschenden Meinung nur darin bestärken, daß die hier vertretene Auffassung die richtige ist, und daß die Frage, ob Möglichkeit der Leistung unbedingte Voraussetzung für das Vorhandensein des Gläubigers ist, durchaus in verneinendem Sinne zu beantworten ist.

Anhang:

Unmöglichkeit der Leistung während der Dauer des Gläubigerverzugs.

§ 13.

Die vorstehenden Ausführungen haben sich auf die Frage beschränkt, ob zum Eintritt des Gläubigerverzuges unbedingt Möglichkeit der Leistung gehöre.

Es soll jetzt noch kurz auf den Fall eingegangen werden, daß die Unmöglichkeit der Leistung bei schon bestehendem Gläubigerverzug eintritt. Nur als Anhang; denn eine selbständige wissenschaftliche Bedeutung kann dieser Fall nicht beanspruchen. Endigt die Möglichkeit der Leistung zu einer Zeit, in welcher der Gläubiger bereits im Verzuge ist, dann ist die Wirkung dieser Endigung in zweifelfreier Weise im Gesetze geregelt; in dieser Hinsicht herrscht kein Streit.

Nach § 300 Abs. 1 BGB. hat der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Macht nun der Schuldner vorsätzlich oder grobfahrlässig die Leistung unmöglich, so kann gemäß § 325 (vgl. auch § 280) der Gläubiger nach seiner Wahl die dort bezeichneten Rechte zur Geltung

bringen. In jedem Falle erreicht damit der Gläubigerverzug sein Ende.

Wird andererseits die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, der nicht durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Schuldners herbeigeführt ist, dann verliert der Gläubiger den Anspruch auf die Leistung (§ 275), der Gläubiger hat also bei einer Erfüllung der schuldnerischen Leistung nicht mehr mitzuwirken; beim gegenseitigen Vertrage hat er dann lediglich seine Leistung unter Verlust auf die Gegenleistung zu bewirken (§ 324 Abs. 2). Damit endigt auch hier der Gläubigerverzug.

In beiden Fällen tritt mit der Unmöglichkeit der Leistung purgatio morae ein.[195]

---

[195] vgl. Titze a. a. O. S. 22.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 21. Juli 1887 bin ich, Berthold Epstein, Sohn des Justizrats Dr. Gotthard Epstein und seiner Ehefrau Sophie geb. Brann in Breslau, geboren. Ich bin jüdischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem König-Wilhelm-Gymnasium, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. B. (1 Semester) und Breslau (5 Semester).

Am 10. Juli 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 20. Juli 1909 das examen rigorosum.

Gegenwärtig bin ich dem Amtsgericht Grottkau O.-Schl. als Referendar überwiesen.